ОБЩЕСТВОВѢДѢНІЕ

Э. Э. ПОНТОВИЧЪ

РАЗВИТІЕ КОНСТИТУЦІИ
И
УЧРЕДИТЕЛЬНАЯ ВЛАСТЬ



ИЗД-ВО
„ОГНИ"

ПЕТРОГРАДЪ
1918

ИЗЪ ТОЙ ЖЕ СЕРІИ:

Б. Б. ФАРМАКОВСКІЙ. ХУДОЖЕСТВЕННЫЙ ИДЕАЛЪ ДЕМОКРАТИЧЕСКИХЪ АѲИНЪ.

»Художественный идеалъ средины V вѣка до Р. Хр., какъ это ни страннымъ можетъ показаться на первый взглядъ, представляетъ глубокій интересъ въ настоящій моментъ коренного переустройства нашей жизни революціей и грознаго кризиса который мы переживаемъ вмѣстѣ со всѣми другими народами міра, объятаго пламенемъ отчаянной борьбы за существованіе, „за свое мѣсто подъ солнцемъ".

К. Н. СОКОЛОВЪ. СОВРЕМЕННАЯ РЕСПУБЛИКА.

„Лучшая форма государственнаго устройства это та, которая въ данное время, при данныхъ условіяхъ, наиболѣе соотвѣтствуетъ культурному, соціальному, экономическому и политическому состоянію даннаго государства".

Рисунокъ обложки и заглавной страницы исполненъ художникомъ
Д. И. МИТРОХИНЫМЪ.

Т-во Р. Голике и А. Вильборгъ. Петроградъ. Звенигородская, 11.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

I. Идея конституціи въ древней Греціи.

§ 1.

Представленіе о томъ, что не всѣ законы имѣютъ одинаковое значеніе, что среди множества законовъ, дѣйствующихъ въ государствѣ, нѣкоторые играютъ роль основныхъ, съ которыми всѣ остальные должны быть согласованы, не было чуждо народамъ самыхъ отдаленныхъ отъ насъ историческихъ эпохъ. Еще Платонъ въ своихъ „Законахъ“ различалъ „νομοθεσία“ и „νόμων θέσις“. Первые опредѣляютъ организацію государства, его устройство, вторые являются законами въ узкомъ смыслѣ слова. Нормы, относящіяся къ организаціи должностей—числу должностныхъ лицъ, суть νομοθεσία, т. е. законоположенія; нормы, опредѣляющія, какъ нужно дѣйствовать должностнымъ лицамъ, образуютъ законы или постановленія, которыми должно быть управляемо государство, учрежденное законоположеніями (νομοθεσία), образующими государственное устройство (πολιτεία) [1]. Къ законамъ въ узкомъ смыслѣ слова, управляющимъ государствомъ, относятся, напримѣръ, законы о союзахъ гражданъ вообще между собою, о супружескомъ союзѣ, объ отношеніи господъ къ рабамъ, строительные законы, законы о дѣторожденіи, о народномъ воспитаніи и обученіи, о религіозныхъ общественныхъ празднествахъ, о воинскихъ общественныхъ

[1]) Ср. Rehm. Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, 1896 г., стр. 44.

упражненіяхъ, о владѣніи, собственности и способахъ ихъ пріобрѣтенія, о наслѣдованіи, отношеніи дѣтей къ родителямъ, опекѣ, о преступленіяхъ и т. д. [1]). Уже изъ этого перечня предметовъ, которые, по Платону, должны быть регулируемы законами въ узкомъ смыслѣ, видно, что различіе между νομοθεσία и νόμων θέσις не совпадаетъ у великаго философа съ раздѣленіемъ законодательства и управленія, закона и указа. Послѣднее дѣленіе проводится у Платона совершенно независимо отъ разграниченія областей, интересующихъ насъ сейчасъ [2]). Приведенный перечень предметовъ законовъ въ узкомъ смыслѣ слова показываетъ, что Платонъ различаетъ ихъ прежде всего по содержанію, причемъ все, касающееся государственнаго устройства, образуетъ область законовъ основныхъ, конституцію государства, πολιτεία, тогда какъ всѣ остальные законы являются законами въ узкомъ смыслѣ, законами обыкновенными.

Неправы, однако, какъ намъ кажется, тѣ, кто считаетъ, что Платонъ ограничился различіемъ двухъ областей законодательства только по одному матеріальному признаку [3]). Съ различеніемъ этихъ областей по содержанію у Платона связывается и различіе ихъ по юридической силѣ, различіе формальное. Законы обыкновенные, помимо ихъ различія отъ основныхъ по содержанію, обладаютъ тѣмъ свойствомъ, что они доступны измѣненіямъ, реформамъ, преобразованіямъ [4]), между тѣмъ какъ государственныя учрежденія по Платону совершенны, а потому не могутъ и не должны быть измѣняемы. „Иначе", говоритъ Рѣдкинъ, „слагаемое изъ этихъ учрежденій государственное устройство не будетъ соотвѣтствовать идеалу того наилучшаго подзаконнаго государства, изображеніе котораго поставилъ Платонъ задачею

---

[1]) См. П. Г. Рѣдкинъ. „Изъ лекціи по исторіи философіи права въ связи съ философіей вообще". Т. V, 1890, стр. 211 и сл.

[2]) См. Rehm, указ. соч., стр. 45.

[3]) Напр. E. Zweig. Die Lehre vom Pouvoir Constituant, 1909, стр. 6.

[4]) См. Рѣдкинъ. Указ. соч., стр. 206 и сл.

своего сочиненія „законы“ [1]). Законодателей Платонъ сравниваетъ съ живописцами. „Когда живописецъ рисуетъ какую либо картину, то кажется, что онъ ея никогда не кончитъ: напротивъ, то углубляя, то утончая тѣни, то употребляя другіе пріемы... онъ не перестаетъ работать надъ картиною и однакоже она всетаки не будетъ такою до того, чтобы она не могла уже быть затѣмъ еще лучшею и болѣе выразительною [2])“. Такимъ образомъ, законы могутъ улучшать государство до безконечности и въ этомъ ихъ задача. Но дѣятельность законодателя, направленная на восполненіе недостающаго государству, ограничивается извѣстными рамками, разъ избранной формой, основой устройства, подобно тому, какъ работа живописца, при всей ея глубинѣ и обширности, ограничивается пространствомъ полотна, разъ избранной формой. Очевидно, что основные законы обладаютъ, по Платону, высшей формальною силою сравнительно съ законами обыкновенными. Νόμοι должны быть согласованы съ πολιτεία.

Итакъ, идея основнаго закона, конституціи, не только въ матеріальномъ, но и въ формальномъ смыслѣ слова проводилась Платономъ вполнѣ отчетливо. Законы, устанавливающіе государственный строй и неподлежащіе измѣненію и составляютъ у Платона то, что мы нынѣ называемъ конституціей. Но Платоновское понятіе πολιτεία стоитъ все же весьма далеко отъ современныхъ конституціонныхъ представленій. Не только въ своемъ „Государствѣ“, но и въ „Законахъ“ Платонъ выступаетъ, какъ мечтатель-идеалистъ. Его задача — не изслѣдованіе существующихъ государствъ, каковы они есть, а начертаніе проекта идеальнаго государства, такого, какимъ оно должно быть. Платонъ „изобрѣталъ“ государство [3]). Выдѣляя извѣстную группу законовъ, которые онъ считалъ особенно

[1]) Тамъ же, стр. 207.

[2]) Цитируется по переводу, сдѣланному П. Г. Рѣдкинымъ. Указ. соч., стр. 207 (томъ V).

[3]) С. К. Кузнецовъ. Платонъ. Введеніе въ изученіе „государства“ и „законовъ“. Одесса, 1916, стр. 14 и сл.

важными, Платонъ устанавливалъ ихъ неизмѣнность, снабжалъ ихъ исключительной формальной силой. Платонъ не стремился при этомъ къ огражденію чьихъ либо правъ, подлежащихъ признанію въ государствѣ превыше всего остального и нуждающихся потому въ квалифицированной защитѣ. Говоря о неизмѣнности законовъ, устанавливающихъ государственное устройство, Платонъ заботится лишь о цѣлости своего изобрѣтенія, долженствующаго осуществить идею абсолютнаго добра. Совершенно естественно, поэтому, что идея Платоновскаго основнаго закона не могла оказать вліянія на дальнѣйшее государственно-правовое развитіе народовъ. Она потеряла значеніе вмѣстѣ съ переходомъ политической науки отъ построеній идеальныхъ государственно-правовыхъ системъ къ изученію положительнаго права.

§ 2.

Говоря въ своей „Политикѣ“ [1]) о законодателяхъ, Аристотель замѣчаетъ, что одни изъ нихъ были только авторами законовъ (νόμοι) другіе, какъ, напримѣръ, Ликургъ и Солонъ, были организаторами государственнаго строя (πολιτεία), такъ какъ они и издали законы и организовали въ соотвѣтствіи съ ними государственныя устройства [2])“. Есть законы Драконта,—продожаетъ Аристотель, „но онъ далъ ихъ уже для существовавшаго государственнаго строя... Также Питтакъ былъ творцомъ законовъ но не государственнаго строя [3])“.

Въ цитированныхъ строкахъ знаменитаго Стагирита вырисовывается совершенно ясное расчлененіе государственнаго устройства (πολιτεία) и законовъ (νόμοι). Но положенія, опредѣ-

---

[1]) Кн. II, 1273б и сл.

[2]) Цитировано по переводу С. А. Жебелева, 1911 г., стр. 88 и слѣд.

[3]) „Политика“, 1274а.

ляющія государственное устройство, не ограничиваются у Аристотеля постановленіями о числѣ должностныхъ лицъ, какъ у Платона. Государственное устройство есть „тотъ порядокъ, который лежитъ въ основаніи распредѣленія государственныхъ властей и опредѣляетъ собою какъ верховную власть въ государствѣ, такъ и конечную цѣль всякаго политическаго общенія [1])“. Верховная власть, распредѣленіе магистратуръ и цѣль государства, — вотъ что входитъ, слѣдовательно, въ понятіе «πολιτεία». Законы же суть то, на основаніи чего „правители должны править, а также наблюдать за нарушителями права“. Каково же, однако, отношеніе законовъ къ государственному строю по Аристотелю? „Законы“, говоритъ творецъ политической науки, „нужно издавать—да такъ они всѣ и издаются — примѣняясь къ данному государственному строю, а не наоборотъ—подгонять государственный строй къ законамъ“. Нужно обращать вниманіе не только на то, какіе законы лучше, но и на то, какіе наиболѣе соотвѣтствуютъ данному государственному устройству. Однако этой характеристикой значенія основныхъ законовъ Аристотель не ограничивается. πολιτεία имѣетъ у Аристотеля еще и то значеніе, что она знаменуетъ собою государство. Безъ организаціи верховной власти и опредѣленной цѣли общежитія нѣтъ государства. Оно создается, слѣдовательно, только вмѣстѣ съ установленіемъ устройства. „Матерію“ Аристотель не мыслилъ безъ „формы“. Измѣняется устройство,—возникаетъ новое государство. „Вѣдь различаемъ же мы“, говоритъ Аристотель, „хоръ въ комедіи отъ хора въ трагедіи, хотя часто и тотъ и другой состоитъ изъ однихъ и тѣхъ же лицъ“. „Тональность, состоящую изъ однихъ и тѣхъ же тоновъ, мы называемъ различно, въ одномъ случаѣ дорійскою, въ другомъ фригійскою [2])“.

Такимъ образомъ, государственное устройство и государство

---

[1]) „Политика“, 1289а, цитировано въ комбин. переводовъ Жебелева, стр. 152 и Н. Скворцова, изд. 2-ое, 1893 г., стр. 217.

[2]) „Политика“, кн. III, 1275б—1276а.

у Аристотеля понятія тождественныя. Этимъ Аристотель уничтожаетъ все формальное понятіе основнюго закона, которое можно было у него вывести, когда великій философъ утверждалъ, что отъ содержанія конституціи зависитъ содержаніе законовъ. Понятіе конституціи, какъ закона, въ государствѣ дѣйствующаго, закона, обладающаго особенной формальной силой, исчезаетъ. Оказывается, что, говоря о государственномъ устройствѣ (πολιτεία), Аристотель имѣлъ въ виду не законъ, въ государствѣ дѣйствующій, а само государство, которое онъ не мыслилъ раздѣльно отъ его устройства. Сколь глубоко основное различіе античнаго представленія о государствѣ отъ нашего, современнаго!

Необходимо, однако, признать, что данныхъ для осуществленія преимущественной силы основныхъ законовъ не было и въ самой политической жизни Аѳинскаго государства. Тамъ не выработалась идея личности, права которой нуждались бы въ особомъ признаніи со стороны государства [1]), не создалось корпорацій, — вообще какихъ-либо силъ, могущихъ противопоставить себя государственной власти. Древне-греческая государственная власть была неограниченной, ея полномочіями поглощалась вся дѣятельность индивида. Греческая индивидуальная свобода заключалась въ правѣ участвовать въ народномъ собраніи, быть судьею, магистратомъ, словомъ, — въ правѣ быть органомъ государства. Единственное отличіе закона конституціоннаго отъ обыкновеннаго, которое было извѣстно аѳинской демократіи, именно — разсмотрѣніе законовъ 6 архонтами, ѳесмотетами, въ цѣляхъ провѣрки соотвѣтствія законовъ конституціи, не имѣло, повидимому, дѣйствительнаго значенія. Не только въ теоріи но и на практикѣ государство сводилось къ организаціи властей. Тождественность

[1]) Иначе полагаетъ Еллинекъ, Право соврем. госуд., изд. 2, стр. 214 и сл. Ср. Лазаревъ, Развитіе государственной власти въ древнемъ мірѣ, 1909 г., стр. 65 и сл. и А. Н. Фатѣевъ, Очеркъ развитія индивидуалистическаго направленія, 1904 г., I, стр. 38 и сл.

государства и государственнаго устройства — реальный фактъ греческаго правосознанія, а не выдумка Аристотеля [1]). Но если государственное устройство, непостоянное и измѣнчивое, давало у грековъ съ каждымъ своимъ измѣненіемъ новое государство, то правовой преемственности между устройствомъ прежнимъ и измѣненномъ быть не могло. Не могла поэтому развиться тамъ и идея конституціи въ смыслѣ формальномъ, весь смыслъ которой и заключается въ томъ, чтобы служить необходимымъ и достаточнымъ средствомъ обезпеченія правъ тѣхъ, безъ согласія которыхъ государство не можетъ перейти къ другому устройству. По общему правилу античное государственное устройство не признавало ограниченій государственной власти: какъ бы организована она ни была — тиранически, монархически или демократически — власть оставалась тамъ неограниченной [2]).

Для возникновенія идеи конституціи въ смыслѣ формальномъ требуется образованіе въ составѣ государства такихъ общественныхъ силъ, которыя въ состояніи противопоставить себя государственной власти, въ томъ смыслѣ, чтобы установить за собою не фактическую возможность только, но право участія въ измѣненіи государственнаго строя.

Тотъ или тѣ, кому фактически принадлежитъ государственная власть, и власть неограниченная, меньше всего заботится о томъ, чтобы вводить ее въ какія либо правовыя формы, которыя во всякомъ случаѣ ведутъ къ ограниченію этой власти. Фактическая возможность осуществлять ее въ томъ направленіи, какое представляется въ данный моментъ желательнымъ, является для такихъ носителей власти куда предпочтительнѣе. Идея участія въ измѣненіи извѣстныхъ законовъ или идея ихъ неизмѣнности зарождается

[1]) Ср. С. А. Котляревскій. Власть и право, 1915 г., стр. 141 и слѣд.

[2]) Фюстель-де-Куланжъ. Древняя гражданская община, 1903 г., стр. 196.

и развивается въ средѣ такихъ общественныхъ группъ, которыя власти въ данный моментъ не имѣютъ и не могутъ ея пріобрѣсти, будучи лишь въ состояніи при данной ситуаціи общественныхъ силъ существующую власть ограничить. Онѣ вступаютъ съ нею въ соглашенія, договариваются по опредѣленнымъ вопросамъ, устанавливаютъ по взаимному согласію неизмѣнность того, къ чему стороны пришли. Поэтому законы, обладающіе особой формальной силой, принимаютъ по преимуществу, договорный характеръ. Носители власти и тѣ общественныя группы, въ пользу которыхъ установлено ограниченіе, разсматриваются какъ договаривающіяся стороны. Отсюда — необходимость облекать такіе законы-договоры въ письменную форму.

II. Идея конституціи въ древнемъ Римѣ.

§ 3.

Республика древняго Рима развивалась въ иныхъ условіяхъ. Здѣсь мы встрѣчаемъ первые зачатки идеи закона, обладающаго квалифицированной формальной силой. Благопріятная для этого почва была создана борьбою между патриціями и плебеями; плебеи и явились здѣсь той общественной силой, которая, не будучи въ состояніи завладѣть властью, могла противопоставить себя патриціанской власти, ограничить въ своихъ интересахъ государственную власть. Ограниченія эти были созданы рядомъ писаныхъ законовъ, значеніе которыхъ въ развитіи идеи конституціи весьма велико.

Какъ разсказываетъ преданіе, еще въ 494 г. до Рождества Христова, плебеи, доведенные до отчаянія своимъ бѣдственнымъ положеніемъ, ушли изъ Рима на Священную гору съ цѣлью основать тамъ свой городъ. Послѣ этого патриціи вступили съ плебеями въ соглашеніе, основы котораго

были формулированы въ такъ называемыхъ leges sacratae, законахъ, подтвержденныхъ клятвою обѣихъ сторонъ патрицієвъ и плебеевъ — и поставленныхъ подъ особую защиту боговъ. Законамъ этимъ былъ приданъ характеръ неизмѣнности: существующая государственная власть не могла посягать на ихъ отмѣну. Но борьба между римскими сословіями не окончилась на выработкѣ leges sacratae. Рядъ другихъ законовъ подтверждаетъ и затѣмъ развиваетъ завоеванныя плебеями права. Этой цѣли служатъ извѣстные законы XII таблицъ, законы Валерія и Горація, законъ Канулея и другіе вплоть до закона Огульнія, изданнаго въ 300 г. до Р. Хр., съ какового момента плебеи становятся уже совершенно равноправными патриціямъ.

Точно такъ же права нѣкоторыхъ римскихъ провинцій облекались въ форму писаныхъ законовъ (leges datae) [1]. Этими конституціонными грамотами Римъ подтверждалъ за муниципіями и колоніями сохраненіе ихъ организаціи (сената, магистратуръ, комицій и пр.).

Но наряду съ приданіемъ нѣкоторымъ законамъ особенной формальной силы въ интересахъ части населенія въ Римѣ эпохи республики существовало различіе законовъ по ихъ формальной силѣ, установленное въ интересахъ всего народа. Какъ извѣстно, римскія должностныя лица (магистраты) были прямыми наслѣдниками изгнанныхъ царей: между магистратами была распредѣлена вся полнота прежней царской власти. „Римскіе магистраты, говоритъ профессоръ І. А. Покровскій, далеко не чиновники въ нашемъ смыслѣ: каждый изъ нихъ носитъ въ себѣ частицу царскаго величія и вмѣстѣ съ народомъ римскимъ является носителемъ государственнаго величества [2]). Но въ интересахъ сохраненія республиканскаго

---

[1]) Еллинекъ, Право современнаго государства, 2-ое изд., стр. 373. В. Б. Ельяшевичъ, Юридическое лицо, его происхожденіе и функціи въ римскомъ частномъ правѣ, 1910 г., стр. 141.

[2]) І. А. Покровскій, Исторія римскаго права, изд. 2, стр. 97.

порядка, предотвращенія возврата къ абсолютизму, осуществленію обширныхъ полномочій римской магистратуры необходимо было поставить нѣкоторые предѣлы. Кое-какіе предѣлы власти магистратовъ были установлены опять таки въ результатѣ борьбы плебеевъ. Сюда относится законъ, предоставлявшій на приговоръ консула, налагающій смертную казнь, принести апелляцію къ народу и законъ, ограничивающій право консула налагать штрафы извѣстной суммой. Но не только въ интересахъ плебеевъ ограничивалась власть магистратуры. Кратковременность службы, коллегіальность, отвѣтственность передъ народомъ, — все это условія, въ которыхъ магистраты должны были дѣйствовать и которыя должны были охранять народъ отъ возврата къ царской власти. Римляне придавали постановленіямъ, ограничивавшимъ дѣятельность магистратовъ настолько большое значеніе, что сколь ни велика была власть консуловъ, преторовъ и др. должностныхъ лицъ, отмѣнять и измѣнять условій, ограничивавшихъ ихъ дѣятельность, основныхъ законовъ — магистраты не могли. Правда, въ особаго рода случаяхъ, когда отечество было въ опасности, въ Римѣ устанавливалась на короткій срокъ диктатура, причемъ лицо, назначенное диктаторомъ, имѣло уже совершенно неограниченную власть. Однако для пріобрѣтенія диктаторомъ правъ измѣнять основные законы требовалось изданіе особаго закона. Только тогда онъ становился диктаторомъ, имѣющимъ власть не только устанавливать для республики законы (dictator legibus scribendis), но и власть измѣнять основные законы, конституцію (dictator rei publicae constituendae). Отсюда съ несомнѣнностью явствуетъ, что республиканскому Риму были извѣстны законы, обладающіе особенной формальной силой, было извѣстно, другими словами, понятіе конституціи въ формальномъ смыслѣ слова. Болѣе того, изъ приведеннаго нами выраженія, характеризующаго полномочія диктатора (dictator legibus scribendis et rei publicae c o n s t i t u e n d a e), видно, что и самымъ словомъ „конституція" мы обязаны древнему Риму. Какъ ни огромна и деспотична ни была го-

сударственная власть въ Римѣ, какъ близко она ни приближалась въ этомъ отношеніи къ власти греческаго государства, однако уже размѣры римскаго государства, въ много разъ превосходившіе замкнутое государство — городъ грековъ, порождали въ немъ богатство жизненныхъ отношеній, требовали большей устойчивости въ государственномъ устройствѣ, а слѣдовательно и ограниченій власти въ пользу всего народа и отдѣльныхъ его слоевъ.

III. Идея конституціи въ средніе вѣка.

§ 4.

Одной изъ основныхъ чертъ средневѣковаго феодализма является, несомнѣнно, договорное начало, опредѣлявшее отношенія между всѣми лицами, обладавшими властью. Основой власти каждаго феодала былъ фактъ частно-правового порядка—владѣніе землей (dominium), съ которымъ и соединялась власть надъ людьми, на землѣ живущими (imperium). Каждый такой властитель — сеньоръ — находился въ извѣстной зависимости отъ другого сеньора, его сюзерена, зависимости, опредѣлявшейся договоромъ, основанной, слѣдовательно, на обоюдныхъ обязательствахъ. Самымъ могущественнымъ изъ сеньоровъ былъ король: всѣ другіе сеньоры были подчинены ему, состояли его вассалами, т. е. опять таки находились отъ него въ зависимости, основанной на обоюдныхъ обязательствахъ [1]). Проникнутыя насквозь договорными началами, средневѣковыя государственно-правовыя отношенія не давали надлежащей почвы для развитія идеи закона, а, слѣдовательно, и не могли создать понятія конституціи, — идеи закона, обладающаго особой формальной силой. Зато другая сторона интересующей насъ идеи — договорный характеръ конституціи —

[1]) См. Ардашевъ. Абсолютная монархія на западѣ, СПб., 1902 г., стр. 4.

была развита въ средневѣковую эпоху настолько, что и послѣдующія историческія эпохи рѣдко могли совершенно отрѣшиться отъ договорнаго оттѣнка въ своихъ государственно-правовыхъ воззрѣніяхъ.

Когда создается соединеніе государственной власти въ лицѣ монарха, когда феодализмъ преобразуется въ сословную монархію, уже является почва для развитія идеи конституціи въ формальномъ смыслѣ слова. Государственная власть окрѣпла здѣсь уже настолько, что отношенія свои къ подданнымъ проявляетъ не по началамъ договора, но по началамъ закона. Она повелѣваетъ подданными, является высшимъ авторитетомъ, могущимъ давать обязательныя правила поведенія, законы.

Но эта власть была во многихъ отношеніяхъ ограничена сословіями, безъ согласія съ которыми король не могъ рѣшать нѣкоторыхъ вопросовъ государственной жизни. Сословія частью личнымъ присутствіемъ своихъ членовъ, частью путемъ избранія представителей образовывали учрежденіе, которое называлось генеральными штатами во Франціи, кортесами въ Испаніи, ландтагами въ Германіи, парламентомъ въ Англіи. Ограниченія власти короля въ интересахъ сословій носили договорный характеръ. Они связывали короля настолько, что безъ согласія сословій онъ не могъ ихъ отмѣнить. При этомъ сословія голосовали вопросы, подлежащіе ихъ разсмотрѣнію, каждый отдѣльно и въ нѣкоторыхъ государствахъ, напримѣръ, — въ Арагоніи, требовалось для рѣшенія вопроса согласіе не большинства только членовъ сословія, а согласіе ихъ всѣхъ, единогласіе [1]). Безъ соглашенія съ сословіями — дворянствомъ, духовенствомъ и городами — король не могъ издавать законовъ, а въ особенности взимать налоговъ. Въ Арагоніи же была создана должность верховнаго судьи, который, во главѣ исполнительной комиссіи, составленной изъ уполномоченныхъ отъ отдѣльныхъ сословныхъ палатъ, рѣшалъ вопросы о томъ, согласны ли

[1]) М. М. Ковалевскій. „Общее конституц. право", лекціи, чит. въ С.-Петербургскомъ Университетѣ въ 1907—08 гг., стр. 36.

вновь изданные законы съ основными законами страны, съ ея стародавними сословными обычаями [1]). Здѣсь мы встрѣчаемся уже съ судебной защитой конституціи, которая и въ наше время существуетъ только въ Сѣв.-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ.

Сословія среднихъ вѣковъ, не имѣя уже возможности самимъ осуществлять государственную власть, были еще слишкомъ сильны для того, чтобы цѣликомъ всю государственную власть уступить королю. Путемъ договоровъ съ королемъ они оставляли за собою права участія въ осуществленіи нѣкоторыхъ функцій государственной власти и эти договоры обладали высшей юридической силой, являлись конституціями въ формальномъ смыслѣ слова. Правда, конституціонныя ограниченія королевской власти въ сословной монархіи не получали своего письменнаго выраженія, а коренились въ феодальныхъ обычаяхъ. Но, говоритъ М. М. Ковалевскій, „помимо писаныхъ или такъ называемыхъ бумажныхъ конституцій, возможны созданныя обычаемъ, опирающіяся на историческіе прецеденты [2])". Въ средніе вѣка основу ея составляла „феодальная система съ ея іерархическимъ расчлененіемъ общества на послѣдовательные политическіе пласты, изъ которыхъ каждый, неся извѣстныя обязанности, пользовался соотвѣтственно и извѣстными правами".

Но въ нѣкоторыхъ странахъ—въ Англіи, Венгріи, Швеціи, Польшѣ—конституціи, ограждающія права сословій, получили—выраженія и въ письменныхъ актахъ. Въ 1215 г. англійскіе бароны заставили короля Іоанна Безземельнаго опубликовать Великую Хартію Вольностей. Въ этомъ знаменитомъ документѣ наряду съ постановленіями, ставившими себѣ цѣлью гарантировать право личности, содержались и статьи, имѣвшія чисто феодальный характеръ. Королевская власть вводилась хартіей во всякомъ

[1]) Тамъ же, стр. 42.

[2]) М. М. Ковалевскій. Происхожденіе современной демократіи, т. I, изд. 3-ье, 1912 г., стр. 585. Ср. G. Arnoult, De la revision des constitutions. 1896 г., стр. 13—25.

случаѣ въ феодальныя рамки и въ этомъ отношеніи хартію считаютъ „документомъ болѣе феодальнымъ, чѣмъ та политическая дѣйствительность, съ которой хартія имѣла дѣло [1])". Хотя Іоаннъ Безземельный въ ст. I хартіи и утверждалъ, что вольности, въ ней указанныя, „пожалованы" королемъ „всѣмъ свободнымъ людямъ королевства нашего за насъ и за наслѣдниковъ нашихъ на вѣчныя времена" „по чистой и доброй волѣ", однако изъ заключительныхъ ея постановленій договорный характеръ хартіи обрисовывается съ несомнѣнной ясностью. Въ ст. 63 Великой Хартіи говорилось: „была принесена клятва, какъ съ нашей стороны, такъ и со стороны бароновъ, что все это вышеназванное добросовѣстно и безъ злого умысла будетъ соблюдаться. Свидѣтелями были вышеназванные и многіе другіе („Juratum est autem tam ex parte nostra quam ex parte baronum, quod hec omnia supradicta bona fide et sine malo ingenio servabuntur. Testibus supradictis et multis aliis) [2])". Знаменитая же ст. 61 хартіи предоставляла, „послѣ того, какъ мы, для Бога и для улучшенія королевства нашего и для болѣе успѣшнаго умиротворенія раздора, родившагося между нами и баронами нашими все вышеназванное пожаловали", гарантію, чтобы бароны пользовались предоставленными правами „прочно и ненарушимо на вѣчныя времена". Гарантія, долженствующая обезпечить права бароновъ, состоитъ въ правѣ бароновъ избрать 25 лицъ, которыя и должны всѣми силами блюсти миръ и охранять вольности. Эти 25 бароновъ имѣютъ совершенно исключительныя права. Именно: если протесты въ нарушеніи хартіи, заявленныя въ извѣстномъ порядкѣ королю или его юстиціарію, не возымѣютъ дѣйствія, то „тѣ двадцать пять бароновъ совмѣстно съ общиною

---

[1]) Проф. Д. М. Петрушевскій. Великая хартія вольностей и конституц. борьба въ англійскомъ обществѣ со второй половины XIII вѣка, 1915 г., стр. 49.

[1]) Тексты хартіи у F. W. Schubert'a Die Verfassungsurkunden und Grundgesetze, т. I, 1848 г., стр. 8—31 и у Д. М. Петрушевскаго, назв. сочиненіе, приложеніе.

всей земли будутъ принуждать и тѣснить насъ всѣми способами, какими только могутъ (distringent et gravabunt nos modis omnibus quibus poterunt), то есть путемъ захвата замковъ, земель, владѣній и всѣми другими способами, какими могутъ, пока не будетъ исправлено согласно ихъ рѣшенію: неприкосновенной остается при этомъ наша личность и личность королевы нашей и дѣтей нашихъ: а когда исправленіе будетъ сдѣлано, они опять будутъ повиноваться намъ, какъ дѣлали прежде".

Конституціонная борьба англійскихъ сословій изданіемъ Великой Хартіи не заканчивается. Великая Хартія короля Генриха III, изданная 11 февраля 1225 г. его же Charta confirmationis 11 марта 1265 г., Великая Хартія Эдуарда I 12 октября 1297 г. и многіе другіе акты обозначаютъ собою дальнѣйшіе этапы этой борьбы. Изслѣдованіе упомянутыхъ актовъ не входитъ въ нашу задачу. Намъ важно лишь отмѣтить, что въ условіяхъ государственной жизни средне-вѣковой сословной монархіи, создавшихъ сильный противовѣсъ королевской власти, идея основного закона, имѣющаго свойства договора, связывающаго власть, какъ одну изъ договаривающихся сторонъ, идея закона, пріобрѣтающаго, тѣмъ самымъ, особенную формальную силу, получала свое совершенно опредѣленное осуществленіе.

§ 5.

Идея конституціи, которая имѣетъ своей задачей ограничивать королевскую власть въ интересахъ сословій, не могла не найти своего выраженія и у политическихъ писателей того времени. Какъ отмѣчаетъ М. М Ковалевскій, ученіе о сословной монархіи впервые нашло свое выраженіе въ политическихъ сочиненіяхъ канцлера Англіи сэра Джона Фортескью [1]). Этотъ „сержантъ закона" въ своемъ трактатѣ „о

[1]) М. М. Ковалевскій. Отъ прямого народоправства къ представительному и отъ патріархальной монархіи къ парламентаризму,

похвалахъ англійскимъ законамъ“ говоритъ, что статуты въ Англіи возникаютъ не по волѣ одного правителя, но съ согласія всего королевства. Изданные съ такою мудростью, законы или статуты, подлежатъ измѣненію не иначе, какъ съ согласія общинъ и лордовъ, по волѣ которыхъ они возникли. Второю отличительною чертою англійской конституціи является, по мнѣнію Фортескью, то, что король „не можетъ ни самолично, ни черезъ министровъ взимать посошную подать (tallagia), субсидіи или другіе какіе-либо сборы, помимо согласія всего королевства“. Этотъ идеальный, по мнѣнію Фортескью, порядокъ, который онъ нашелъ осуществленымъ въ Англіи XV вѣка и именно въ періодъ царствованія королей Ланкастерской династіи, англійскій юристъ называлъ „dominium politicum et regale“, — правленіемъ одновременно монархическимъ и республиканскимъ. Совокупность учрежденій и правилъ, опредѣляющихъ собою функціонированіе прославляемаго Фортескью государственнаго строя, и составляютъ конституцію страны. Конституція должна быть охраняема и соблюдаема, отчего страна станетъ богатой. Но „честь короля“, по мнѣнію Фортескью, и заключается въ томъ, чтобы „сдѣлать свое царство богатымъ“. Необходимо, однако, отмѣтить, что особыя условія, въ которыхъ происходило конституціонное развитіе Англіи— постепенный переходъ ея отъ сословно-монархическаго строя къ конституціонной монархіи—увеличиваетъ значеніе идей Фортескью далеко за предѣлы теоретической формулировки современнаго ему порядка сословно-ограниченной монархіи. Какъ подчеркиваетъ изслѣдователь идей англійскаго юриста XV вѣка, М. М. Ковалевскій, „Фортескью — едва ли не первый теоретикъ основъ представительной монархіи. Онъ оказалъ несомнѣнное вліяніе на современниковъ и отдаленное потомство и лучше любого писателя, до временъ Локка, сумѣлъ опредѣлить дѣйствительныя основы ограниченнаго образа прав-

---

1906 г., т. I, стр. 248. Тамъ же, стр. 191 –247 см. о предшественникахъ Фортескью-Ислепѣ, Гауэрѣ, Окkливѣ и др.

ленія, который, по его мнѣнію, сводится къ участію палатъ въ одинаковой мѣрѣ и въ налоговомъ обложеніи и въ законодательствѣ[1])".

Сословно-монархическая конституція нашла себѣ весьма ярыхъ защитниковъ и среди политическихъ писателей континента. Огромное значеніе въ этомъ отношеніи имѣютъ политическіе памфлеты монархомаховъ (тираноборцевъ) XVI вѣка, среди которыхъ наиболѣе знамениты имена Дю-Плэсси-Морнэ (Iunius Brutus), Готомана, Буханана, Маріаны, а также теоретика указаннаго направленія и систематика тираноборческихъ ученій нѣмецкаго писателя Іоганна Альтузія.

Политическимъ идеаломъ монархомаховъ[2]) являлось, какъ и у Фортескью, смѣшанное государственное устройство въ формѣ монархіи, ограниченной правами сословій[3]). Въ основѣ государственнаго устройства лежитъ, по мнѣнію монархомаховъ, договоръ подчиненія, заключенный между сословіями съ одной стороны и княземъ — съ другой стороны[4]). Договоръ, какъ указываетъ Альтузій, является единственнымъ способомъ установленія государственной власти[5]). По своей юридической природѣ договоръ этотъ разсматривается какъ договоръ порученія или мандата. Одна изъ участвующихъ въ договорѣ сторонъ — сословія—передаютъ другой сторонѣ—монарху—на извѣстныхъ условіяхъ, осуществленіе правъ государственной власти. Король, на основаніи предоставленныхъ ему по договору правъ, управляетъ страною, но не иначе, какъ соблюдая справедливость и законы. Въ случаѣ нарушенія королемъ условій, уста-

---

[1]) „Отъ прямого народоправства"..., т. I, стр. 301.

[2]) О монархомахахъ см. В. М. Гессенъ, Проблема народнаго суверенитета въ политической доктринѣ XVI в., 1913 г. R. Treumann. Die monarchomachen, 1895 г., O. Gierke, Lohannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1902 г. М. М. Ковалевскій. Отъ прямого народоправства къ представительному, т. II, 1906 г.

[3]) Treumann, стр. 73; Гессенъ, стр. 301 и сл.

[4]) Гессенъ, стр. 296; Treumann, стр. 60.

[5]) Гессенъ, стр. 287, прим. 1.

новленныхъ въ договорѣ, противная сторона — сословія — освобождаются отъ обязанности подчиняться правителю. Король, нарушившій договоръ, обращается въ тирана, сопротивленіе которому — неотъемлемое право народа[1]) (сословій).

Посредствомъ договора подчиненія происходитъ установленіе въ государствѣ власти, — constitutio regis, какъ выразился одинъ изъ писателей этого направленія — Iunius Brutus[2]). Договоръ подчиненія есть, такимъ образомъ, основной въ государствѣ законъ — lex fundamentalis, какъ назвалъ его другой изъ монархомаховъ — пуританинъ Бухананъ[3]).

Какъ видимъ, идея конституціи въ формальномъ смыслѣ слова, была не только хорошо усвоена писателями школы тираноборцевъ, но лежала въ основѣ всей ихъ политической системы. Монархомахи конструировали понятіе „фундаментальнаго“ закона, устанавливающаго власть, которая должна дѣйствовать не иначе, какъ въ его предѣлахъ, которая не можетъ его отмѣнить или измѣнить. Это понятіе являлось у нихъ средствомъ для правовой защиты интересовъ сословій отъ притязаній монарховъ. Совершенно несомнѣнно, что установленіе понятія конституціи въ смыслѣ формальномъ значительно облегчалось для монархомаховъ возможностью использованія идеи договора, которой былъ проникнутъ весь государственно-правовой укладъ среднихъ вѣковъ. Но успѣхъ, достигнутый писателями XVI вѣка, въ ихъ попыткѣ построить идею конституціи на началахъ договора, не могъ не отразиться на правовыхъ воззрѣніяхъ эпохи, создавшей понятіе конституціи въ условіяхъ, глубоко отличныхъ отъ общественныхъ отношеній, существовавшихъ въ средніе вѣка.

1) Гессенъ, стр. 290.
2) В. М. Гессенъ, стр. 288.
3) Treumann, стр. 77.

IV. Идея конституціи и абсолютная монархія.

§ 6.

Знаменитое изреченіе Людовика XIV „государство это я“ — какъ нельзя болѣе ясно выражаетъ существо абсолютной монархіи. Отъ него, впрочемъ, не отстаетъ по своей ясности и опредѣленности и заявленіе другого прославленнаго монарха — Фридриха Великаго, сказавшаго, что „король — первый слуга государства“. Одинъ изъ лучшихъ нѣмецкихъ публицистовъ — Отто Майеръ — отмѣчаетъ, что въ сущности оба эти изреченія выражаютъ одну и ту же мысль[1]).

Монархъ сосредоточиваетъ въ себѣ осуществленіе всѣхъ государственныхъ цѣлей. Если бы онъ обладалъ фактической къ тому возможностью, онъ совершалъ бы самъ все то, что надлежитъ дѣлать государственной власти. Только потому, что этой возможностью онъ не обладаетъ, монархъ возлагаетъ опредѣленныя обязанности на своихъ чиновниковъ, которые, однако, ни въ какой мѣрѣ его власти не ограничиваютъ. Какъ мѣтко замѣчаетъ Монтескьё, „передавая свою власть, государь... такъ распредѣляетъ ее, что никогда не передаетъ другому доли своей власти, не удержавъ за собою наибольшую ея часть [2])“. Представляя монарха передъ подданными, отправляя свои должностныя обязанности, чиновники должны свято исполнять волю своего повелителя — монарха. Его воля, въ какой бы формѣ она ни выражалась, всегда и безусловно является закономъ для подданныхъ. Несомнѣнно, что государственная власть въ абсолютной монархіи сосредоточивается цѣликомъ въ могущественномъ единоличномъ властителѣ. Воля государства и воля монарха

[1]) Otto Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht B. I, 1914, s. 39, прим.

[2]) De l'esprit des lois, книга V, гл. XVI.

сливаются въ одно цѣлое и такимъ образомъ истина, высказанная французскимъ королемъ, становится неоспоримой. Но правъ и Фридрихъ Великій, сказавшій въ своемъ „Анти-Маккіавелли", что король—первый слуга государства. „Онъ, дѣйствительно, первый слуга: онъ распоряжается всѣми духовными и матеріальными силами страны; онъ высшій судья, первый знатокъ въ области финансовъ, первый министръ во всемъ государствѣ[1])". Но монархъ, осуществляя полномочія власти, разсматриваетъ свою дѣятельность, какъ направленную на общее благо всѣхъ своихъ подданныхъ. Въ этомъ коренное идеологическое отличіе абсолютной монархіи отъ власти средне-вѣковыхъ сюзереновъ и феодаловъ, подчинявшихъ публичную власть, которой они располагали (imperium), своимъ собственническимъ интересамъ (dominium). Поэтому то Людовикъ и говоритъ о государствѣ, отождествляя его со своей особой, а не о помѣстьѣ, служащемъ его интересамъ, поэтому то Фридрихъ II разсматриваетъ короля, какъ слугу. Нельзя, однако, не подчеркнуть, что мы имѣемъ здѣсь въ виду идеологію абсолютизма, а не то, къ чему сводилось это „служеніе" на практикѣ. Несомнѣнно правъ былъ Гейнце, замѣтившій по поводу словъ Фридриха II: „что это за слуга, которому никто не приказываетъ, который не признаетъ надъ собой никакого господина, своевольно издаетъ свои законы, не признавая никакихъ другихъ законовъ, и караетъ, по произволу, не соблюдая закона[2])?"

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что съ идеей абсолютной монархіи несовмѣстима идея закона, обладающаго особенной формальной силой, идея конституціи. Въ несвязанности короля законами и заключается сущность абсолютизма. Но король, несвязанный никакими законами, тѣмъ болѣе не можетъ быть связанъ законами конституціонными.

[1]) Ср. Фр. Мерингъ. Просвѣщенный абсолютизмъ Фридриха Великаго, русск. пер., изд. „Просвѣщенія", стр. 3 и сл.

[2]) Цитировано у Меринга, указ. соч., стр. 3.

Попытки доказать, что и въ абсолютной монархіи король былъ связанъ „конституціонными соглашеніями“, намъ представляются совершенно безнадежными[1]). Изучивъ догматику государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, проф. Тарановскій утверждаетъ, что парижскій судъ (парламентъ) разсматривалъ нѣкоторыя положенія стараго французскаго права, какъ основные законы страны[2]), которые не подлежатъ измѣненію единоличной волей короля. Сюда относятся законы 1) о неизмѣнности монархической формы правленія, 2) о неотчуждаемости коронныхъ правъ, 3) о соблюденіи салическаго закона о престолонаслѣдіи, 4) о правѣ націи войтировать налоги на генеральныхъ штатахъ, 5) о сохраненіи провинціальныхъ обычаевъ, 6) о несмѣняемости магистратовъ, 7) о правѣ провинціи свободно изслѣдовать акты королевской воли и регистрировать ихъ лишь постольку, поскольку они соотвѣтствуютъ учредительнымъ законамъ провинціи и основнымъ законамъ государства, 8) о правѣ каждаго гражданина отвѣчать исключительно передъ естественными судьями, т. е. тѣми, которые указаны въ законѣ и 9) о правѣ гражданина въ случаѣ задержанія быть немедленно переданнымъ въ руки компетентныхъ судей. Но и этотъ перечень проф. Тарановскій считаетъ неполнымъ. По его мнѣнію, къ основнымъ законамъ французской монархіи должны быть отнесены также постановленія о внѣшнемъ суверенитетѣ государства въ смыслѣ независимости его отъ папской супрематіи, о свободахъ галликанской церкви, о правахъ и привилегіяхъ перовъ, о корпоративномъ единствѣ парламентовъ[3]).

Разсматривая приведенный проф. Тарановскимъ перечень, нельзя не отмѣтить, что нѣкоторыя изъ указанныхъ имъ постановленій, долженствующихъ играть роль основныхъ законовъ,

---

1) См. Ѳ. В. Тарановскій, Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, 1911 г., стр. 352 и слѣд.

2) Указ. соч., стр. 474.

3) Тарановскій, указ. соч., стр. 471—472.

т. е. законовъ, ограничивающихъ королевскую власть, на самомъ дѣлѣ ограниченіями власти не являются.

Въ какомъ отношеніи ограничиваютъ королевскую власть постановленія о неизмѣнности монархической формы правленія, о внѣшнемъ суверенитетѣ государства? Эти формулы могутъ быть отнесены къ основнымъ законамъ въ матеріальномъ смыслѣ, но никакъ не къ тезисамъ, имѣющимъ характеръ формальныхъ ограниченій королевской власти. Рядъ другихъ постановленій носитъ дѣйствительно характеръ ограниченій, но ихъ происхожденіе лежитъ въ феодально-сословномъ строѣ. Права провинцій, магистратовъ, парламентовъ, штатовъ, — все это связано съ существомъ средневѣковаго строя и коренньмъ образомъ противорѣчитъ началамъ абсолютизма. Совершенно естественно, что за возвратъ къ старому боролись сословія и корпораціи, сохранившіяся во Франціи и въ періодъ абсолютизма, но какимъ образомъ эти начала можно считать входящими въ догматику абсолютной монархіи, — для насъ неясно. Наконецъ, идея, приближающаяся къ идеѣ неприкосновенности личности, является также началомъ, кореннымъ образомъ расходящимся съ принципами абсолютизма. Однако и самъ проф. Тарановскій нѣсколько ниже замѣчаетъ, что государственная практика весьма часто уклоняется отъ требованій государственныхъ законовъ и дѣйствительность стараго порядка представляетъ собою разительный примѣръ такого уклоненія[1]). Но въ такомъ случаѣ правильнѣе изъ изслѣдованія проф. Тарановскаго сдѣлать тотъ выводъ, къ которому пришелъ проф. В. М. Гессенъ, что „парламентская теорія „законной монархіи" является политической, а не догматической доктриной: она изображаетъ Францію такой, какъ она должна быть, — а не такой, какъ она есть. Тотъ фактъ, что парламенты облекаютъ политическіе постулаты своей теоріи въ форму догматическихъ положеній существа дѣла, разумѣется нисколько не мѣняетъ[2])".

[1]) Тамъ же, стр. 474.

[2]) „Основы конституціоннаго права", стр. 6, примѣч.

Неудивительно, что идея верховенства государственной власти, — идея ея суверенитета — впервые формулируется идеологомъ именно абсолютной монархіи — Боденомъ. Суверенитетъ у него означаетъ безусловную независимость государственной власти отъ какой-либо иной, стоящей надъ ней или рядомъ съ ней. Суверенитетъ принадлежитъ тому, кто не знаетъ и не признаетъ надъ собою ничьей, кромѣ безсмертнаго Бога, верховной власти, кто никому, кромѣ безсмертнаго Бога, не обязанъ отчетомъ въ своихъ дѣйствіяхъ, кто не имѣетъ не только господина надъ собою, но и равнаго себѣ товарища въ осуществленіи власти[1]). Суверенитетъ, по Бодену, проявляется въ двухъ направленіяхъ: онъ означаетъ во-внѣ независимость государства отъ другихъ государствъ и внутри — независимость государственной власти отъ населенія. Какъ бы ни была организована государственная власть — монархически, аристократически или демократически, — она суверенна. Будучи таковой, государственная власть не связана уже никакими законами (legibus soluta), не связана, слѣдовательно, и какими-либо законами основными. Далѣе, однако, и Боденъ отдаетъ нѣкоторую дань прошлому, пережитому сословному строю. По его мнѣнію, государственная власть, несвязанная закономъ, ограничена правомъ Божественнымъ, естественнымъ и общенароднымъ (Dei, naturae et gentium). Практически эти ограниченія въ общемъ и цѣломъ сводятся къ изложенной выше доктринѣ парижскаго парламента. И по Бодену король не можетъ измѣнить или отмѣнить салическаго закона о престолонаслѣдіи, законовъ, опредѣляющихъ правъ величества, т. е. нормъ, характеризующихъ положеніе его, какъ суверена, и, наконецъ, законовъ, относящихся къ государственнымъ имуществамъ. Только эти законы—leges imperii — и ограничиваютъ власть короля[2]).

[1]) В. М. Гессенъ. Проблема народнаго суверенитета, стр. 247 и слѣд.

[2]) В. М. Гессенъ, указ. соч., стр. 256 и 257.

Нельзя не отмѣтить, что русскій изслѣдователь Бодена, В. М. Гессенъ, характеризуя эту сторону доктрины Бодена, пришелъ къ тому, совершенно правильному, на нашъ взглядъ, выводу, что Боденъ, „стремясь, во что бы то ни стало, примирить средневѣковую традицію ограниченной власти съ радикальной новизной абсолютизма, впадаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собою: въ его системѣ категоріи основныхъ законовъ не оказывается мѣста [1])".

Итакъ, абсолютная монархія въ ея чистомъ видѣ и идея конституціи въ формальномъ смыслѣ — понятія несоединимыя. Абсолютная монархія выступаетъ на сцену мировой исторіи тогда, когда королямъ удается уничтожить политическое значеніе и вліяніе тѣхъ соціальныхъ силъ, которыя въ прошломъ королевскую власть ограничивали. Уничтоженіе сословной конституціи и являлось средствомъ для перехода къ абсолютизму. Но уничтожая однѣ соціальныя силы—сословія и корпораціи— абсолютные монархи, сами того не сознавая, содѣйствовали созданію другой, еще болѣе могущественной силы, развитіе которой образовало почву для возникновенія новой эпохи въ исторіи идеи конституціи. Сила эта—человѣческая личность, личность гражданина, защищающая свои права не въ силу своей принадлежности къ тому или иному сословію, а во имя интересовъ свободы и равенства ея, личности, какъ таковой. Необходимо признать, что абсолютная монархія, не мирившаяся при своемъ существованіи съ идеей конституціи, оказала огромную услугу дальнѣйшему развитію этой идеи. Уничтоживъ вліяніе сословій, нивелировавъ все населеніе въ безправіи, создавъ идею суверенитета власти, блестяще развитую Боденомъ, абсолютная монархія подготовила правовую почву для провозглашенія начала равенства людей передъ закономъ, идею свободы, народнаго верховенства.

Монтескьё, въ своемъ „Духѣ законовъ" посвящаетъ идеѣ деспотизма цѣлую главу, но глава эта состоитъ всего изъ двухъ

[1]) Тамъ же, стр. 258.

строкъ: „когда дикари Луизіаны хотятъ достать плодъ съ дерева, они срубаютъ дерево подъ корень и срываютъ плодъ. Таково деспотическое правленіе“. Но стремленіе людей къ лучшему заложено въ нихъ слишкомъ глубоко и прочно. Люди не только переживаютъ такую форму правленія, но и используютъ ея особенности для лучшаго устроенія своей государственной жизни въ дальнѣйшемъ.

V. Возникновеніе идеи учредительной власти.

§ 7.

„Въ каютѣ корабля „Майскій цвѣтъ“, говоритъ Банкрофтъ, человѣчество возстановило свои права, построивъ государственную власть на основѣ законовъ, равныхъ для всѣхъ, направленныхъ къ общему благополучію [1])“. Если это сужденіе проникнутаго національной гордостью американца и звучитъ болѣе, чѣмъ преувеличеніемъ, то нельзя все же не признать, что современныя политическія идеи имѣютъ свои корни въ общественномъ движеніи, связанномъ съ именемъ англійскаго пуританизма и фактомъ заселенія Сѣверной Америки оставившими свою родину пуританами.

Но кто были пуритане?

Опредѣленіе пуританизма, какъ религіознаго ученія, стремящагося, возвратить церковь къ первоначальной простотѣ, является безусловно недостаточнымъ. Именемъ пуританъ, какъ справедливо замѣчаетъ Эд. Бернштейнъ, „обозначается не опредѣленная церковная секта, а цѣлое религіозно-соціальное теченіе [2])“. Подъ пуританами понимались, правда, прежде всего

[1]) Цитировано у Walter Rotschild, Der Gedanke der geschriebenen Verfassung in der englischen Revolution, 1903, s. 3.

[2]) Эд. Бернштейнъ. Коммунистическія и демакрато-соціалистическія теченія въ англійской революціи XVII вѣка, русскій переводъ въ сборникѣ „Предшественники новѣйшаго соціализма“, ч. 2, 1907 г., стр. 80.

тѣ, кто считалъ, что англійская реформація пошла недостаточно далеко въ дѣлѣ очищенія (pure—чистый) церкви отъ римскихъ обычаевъ и требовалъ дальнѣйшихъ шаговъ въ этой области. Но съ требованіями пуританизма въ сферѣ церковной жизни соединялись и требованія упрощенія обычаевъ общественной жизни [1]). Характерно, что пуританизмъ не былъ движеніемъ отдѣльнаго класса. Онъ имѣлъ своихъ послѣдователей какъ среди дворянства и духовенства, такъ и среди „третьяго сословія“, нарождавшейся буржуазіи, крестьянъ и рабочихъ [2]). Именно воспріятіе разными классами англійскаго общества того времени одного и того же ученія свидѣтельствуетъ о наступившей необходимости перераспредѣлить общественныя силы. Развитіе промышлености, торговли и денежнаго обращенія вызывало процессъ уничтоженія сословныхъ перегородокъ. На мѣсто средневѣковыхъ сословныхъ предразсудковъ выдвигается все болѣе и болѣе сознаваемая необходимость собирать и сберегать деньги, развивать личную иниціативу въ области торгово-промышленной дѣятельности. Старое дѣленіе общества на сословія, дѣленіе, основанное на различіяхъ въ публично-правовомъ положеніи разныхъ группъ населенія, должно было замѣниться другой группировкой, основанной на различномъ отношеніи къ капиталу и прежде всего къ капиталу денежному.

Это перераспредѣленіе силъ въ составѣ англійскаго общества того времени, выразившееся въ широкой популярности пуританизма и пуританскихъ идей во всѣхъ слояхъ населенія, повлекло за собою возникновеніе новой эры въ развитіи политическихъ идей вообще и въ развитіи интересующей насъ идеи конституціи въ частности. Краеугольнымъ камнемъ новаго политическаго символа вѣры становится идея человѣческой личности, личности свободной отъ какой-либо сословной связи, личности, имѣющей въ жизненной борьбѣ за матері-

[1]) **Бернштейнъ**, указ. соч., стр. 80.
[2]) Тамъ же.

альныя блага равныя внѣшнія, формальныя, законныя возможности со всякимъ другимъ человѣкомъ, личности, освобожденной отъ излишнихъ стѣсненій въ ея жизни и со стороны государственной власти.

Однако эта идея не была выражена въ англійскомъ общественномъ движеніи сразу со всей полнотой. Первоначально англичанамъ стала доступна лишь одна сторона указанной идеи и именно сторона, связанная съ жизнью религіозной. Объясняется это тѣмъ, что вся Европа жила въ то время идеями реформаціи. Библія была единственной книгой, знакомой всякому англичанину. „Ее читали въ церквахъ и читали дома, и всюду ея слова, поражая слухъ, непритупленный привычкой, вызывали восторгъ. Когда епископъ Боннеръ выставилъ въ церкви св. Павла шесть первыхъ Библій, „многіе благомыслящіе люди часто приходили слушать ихъ, особенно когда они могли найти человѣка, читавшаго имъ внятнымъ голосомъ [1]". Но изъ сказаннаго не слѣдуетъ, что религіозныя движенія изучаемой эпохи были въ какой-либо мѣрѣ чуждыми политикѣ. Выраженію идеи человѣческой личности, поскольку оно могло проявиться въ области религіозной жизни, способствовало и то обстоятельство, что короли изъ дома Стюартовъ стремились основать свою абсолютную власть на божественномъ правѣ. Соединеніе въ лицѣ короля духовной власти со свѣтскою и было главнымъ результатомъ англійской реформаціи. Свою духовную власть короли осуществляли черезъ посредство назначаемыхъ ими епископовъ. Извѣстное изреченіе Іакова I „не будетъ епископа, не будетъ и короля" прекрасно иллюстрируетъ основную мысль политики, связывавшей существованіе основанной на божественномъ правѣ королевской власти съ существованіемъ въ Англіи епископальной церкви. Сопротивленіе абсолютизму Стюартовъ требовало отъ его противниковъ выставленія положеній, опровергавшихъ утвержденія ко-

---

[1]) Гринъ. Краткая исторія англійскаго народа, русск. перев., вып. второй, 1898 г., стр. 250.

ролевскихъ богослововъ. Религіозная борьба въ англійскомъ обществѣ того времени была одновременно и борьбой политической. Подчеркиваемъ, однако, что отъ богословско-политическихъ споровъ первой четверти XVII вѣка до отчетливой формулировки идеи личности въ концѣ второй его четверти англійское общество должно было пережить глубокую идеологическую эволюцію.

Религіозное ученіе пуританъ сводилось къ проведенію строгихъ церковныхъ догматическихъ началъ кальвинизма. На этой почвѣ, еще при Елизаветѣ, пуритане должны были начать рѣшительную борьбу съ принципомъ церковной власти короля и епископальными учрежденіями. Наиболѣе строгіе изъ пуританъ требовали, чтобы каждая церковная община управлялась лишь своими пресвитерами и чтобы избраніе духовенства находилось въ рукахъ общины. Въ этомъ и заключается идеалъ пресвитеріанизма [1], который получилъ наиболѣе послѣдовательное свое развитіе въ Шотландіи. Въ строго-англійскомъ пуританствѣ вопросы организаціи церкви не были на первомъ планѣ. Строгое благочестіе, борьба противъ „папскаго идолопоклонства“ были чертами, присущими строго-англійскому пуританству.

Нельзя не замѣтить, что если бы пуританизмъ выразился только въ пресвитеріанизмѣ, онъ едва ли привелъ бы міръ къ тѣмъ значительнымъ политическимъ послѣдствіямъ, которыя съ нимъ связываются. Но въ глубинахъ пуританизма зародилось и другое теченіе, значеніе котораго для всей новой исторіи было огромно.

Еще въ 1582 г. капеланъ герцога Норфольскаго, Робертъ Броунъ, обнародовалъ сочиненіе „объ образѣ жизни истинныхъ христіанъ“. Въ сочиненіи этомъ Броунъ, жившій до того долгое время среди голландскихъ баптистовъ, различаетъ два царства: царство Христа и царство Антихриста [2]. Царствомъ анти-

---

[1] Германъ Вейнгартенъ, Народная реформація въ Англіи XVII вѣка, русск. пер., 1901 г., стр. 16—20.

[2] Вейнгартенъ, указ. соч., стр. 21.

христа представляется ему всякая церковь, которая беретъ свое начало отъ свѣтской власти. Царствомъ Христа является община вѣрующихъ— церковь людей, предающихъ себя, въ своемъ свободномъ союзѣ съ Богомъ, на Его волю [1]). Этой общиной должна управлять воля самихъ вѣрующихъ, воля большинства. Господство пресвитеровъ въ церкви Броунъ оспаривалъ.

Около Броуна вскорѣ сгруппировываются его послѣдователи, которыхъ англійская власть подвергаетъ самымъ суровымъ преслѣдованіямъ. Броунисты ищутъ себѣ пріюта въ Нидерландахъ. Въ 1610 г. въ Лейденѣ одинъ изъ ближайшихъ учениковъ Броуна — Робинзонъ—преобразуетъ секту, которая съ этого времени получаетъ названіе индепендентизма или конгрегаціонализма.

Воззрѣнія индепендентовъ на церковное устройство коренным образомъ отличалось отъ воззрѣнія не только англійскихъ, но и шотландскихъ пресвитеріанъ.

По мнѣнію индепендентовъ, церковь должна состоять изъ автономныхъ общинъ вѣрующихъ людей (конгрегацій). Государство не должно вмѣшиваться въ церковную жизнь, —всякая связь между государствомъ и церковью прекращается [2]).

Въ этомъ ученіи уже съ полной ясностью выступаетъ, хотя и въ области церковной только жизни, интересующая насъ идея. Въ основѣ церковной жизни лежитъ представленіе о вѣрующей личности, свободно соединяющейся съ другими, ей равными личностями, для совмѣстнаго общенія съ Богомъ. Каждое составившееся такимъ образомъ общество вѣрующихъ само разрабатываетъ правила, регулирующія его жизнь и порядокъ Богослуженія—автономія. Совокупность такихъ общинъ составляетъ церковь, бытіе которой свободно отъ всякаго вмѣшательства со стороны посторонней для нея государственной власти. Съ идеей равенства вѣрую-

[1]) Тамъ же.

[2]) Вейнгартенъ, стр. 24.

щихъ личностей и автономностью ихъ общинъ соединяется идея свободы отъ внѣшней власти, идея свободы человѣческой совѣсти. Наконецъ, самую общину вѣрующихъ нужно понимать какъ „свободную отъ всякой исторической причинной связи“ [1]): лишь свободная воля вѣрующихъ вызываетъ ее къ жизни. „Гдѣ двое или трое, увѣровавши, отдѣлились отъ міра и образовали общину во имя Евангелія и завѣта Аврамова, тамъ уже есть церковь, истинная церковь, и „врата ада не одолѣютъ ея [2])“.

Таково ученіе пуританъ—интепендентовъ въ первоначальной его формулировкѣ. Ученію этому не могло не быть тѣсно въ узкихъ рамкахъ церковно-религіозной доктрины. Впрочемъ, и объективныя условія жизни потребовали отъ индепендентовъ расширенія ихъ ученія за первоначально очерченные предѣлы. Отмѣченная нами выше связь религіозной борьбы съ политической, вывела пуританъ на путь исчерпывающей формулировки идеи личности.

Жившіе въ Голландіи сектанты, опасаясь, что условія жизни въ богатой торговой странѣ отрицательно повліяютъ на молодое поколѣніе индепендентовъ, рѣшаются переселиться въ Америку. Предпринимая это путешествіе, они надѣялись „проложить путь для царства Христа до самыхъ крайнихъ предѣловъ міра, хотя бы самимъ имъ пришлось служить только камнями, по которымъ другіе пойдутъ дальше [3])“. Передъ тѣмъ какъ высадиться на американскомъ берегу въ колоніи Нью-Плимутъ (21 ноября 1620 г.), они подписываютъ на борту корабля своего „Майскій Цвѣтъ,“ договоръ (convenant), въ которомъ опредѣляютъ устройство основываемой ими колоніи. При выработкѣ этого договора имъ какъ нельзя болѣе пригодилась уже усвоенная ими идея равной, свободной человѣческой личности.

---

[1]) Тамъ же, стр. 25.
[2]) Тамъ же, стр. 26.
[3]) Вейнгартенъ, стр. 34.

Заключеннымъ „во имя Бога“ договоромъ отцы-пилигримы взаимно обязались установить справедливые и равные для всѣхъ законы (just and equal laws), ордонансы, акты, конституцію и учрежденія (officers), которымъ всѣ должны безпрекословно подчиняться [1]).

Немудрено, что Банкрофтъ, какъ указано было выше, именно съ этимъ договоромъ связываетъ рожденіе современной демократіи. Немудрено, что большинство выдающихся ученыхъ, въ ихъ числѣ Еллинекъ и Боржо, придаютъ ему такое огромное значеніе [2]).

Идея свободы и равенства вѣрующихъ возвышается здѣсь почти до идеи свободы и равенства всѣхъ живущихъ подъ одной государственной властью. Мы говоримъ „почти“, ибо трудно установить, поскольку у колонистовъ при поселеніи ихъ въ Нью-Плимутѣ представленіе объ ихъ церковной автономной общинѣ расширилось до представленія объ единой территоріальной автономной единицѣ. Но представленіе это должно было у отцовъ-пилигримовъ развиться по мѣрѣ развитія дѣятельности установленной ими власти. Какое же однако значеніе имѣютъ провозглашенныя пилигримами положенія для интересующей здѣсь насъ идеи конституціи?

Одинъ изъ нѣмецкихъ ученыхъ, Готфридъ Кохъ, говоря о значеніи convenant'а нью-плимутскихъ поселенцевъ, замѣчаетъ: „возможно, что между ними возникли раздоры, и они нашли нужнымъ возстановить въ своей памяти основные принципы, на которыхъ покоилось ихъ общество [3]). Слова эти,

---

[1]) Текстъ у Poore „The Federal and State Constitutions of United States“, т. I, стр. 931.

[2]) Георгъ Еллинекъ, Декларація правъ человѣка и гражданина, русск. пер., 1905 г., стр. 50; Ш. Боржо, Учрежденіе и пересмотръ конституцій, переводъ подъ редакціей Ф. Ф. Кокошкина, 1905 г., в. I, стр. 13.

[3]) Готфридъ Кохъ, Очерки по исторіи политическихъ идей и государственнаго управленія, русск. пер. подъ ред. З. Авалова, стр. 269.

направленныя скорѣе на умаленіе значенія договора 21 ноября 1620 г., на самомъ дѣлѣ вскрываютъ огромное его вліяніе на развитіе идеи конституціи. Только при наличности разногласій, борьбы, внутри общества является нужда въ его государственной организаціи, нужда въ выработкѣ основного закона. Естественно, поэтому, что если не для устраненія разногласій, уже имѣвшихся на-лицо, то для предотвращенія возникновенія ихъ въ будущемъ пилигримы и выработали свой договоръ. Онъ долженъ былъ лечь въ основу всей дѣятельности устанавливаемыхъ ими властей, которыя никоимъ образомъ не могли его отмѣнить или измѣнить. Договоръ этотъ являлся, слѣдовательно, конституціей въ смыслѣ формальномъ для учрежденнаго индепендентами общежитія. Но между договоромъ 21 ноября 1620 г. и знакомыми уже намъ конституціями среднихъ вѣковъ и древности существуетъ огромная разница. Тамъ конституціи устанавливались по соглашенію между существующей властью съ одной стороны и сословіями и корпораціями съ другой, здѣсь она устанавливается по соглашенію между отдѣльными людьми. Защита интересовъ извѣстной замкнутой группы, не могущей стать властью было цѣлью конституціи тамъ; защита правъ личности, свободы и равенства, личности, которая, пока существуетъ государство никогда не можетъ сдѣлаться властью, стало цѣлью конституціи здѣсь. Отсюда уже вытекало и дальнѣйшее различіе. Въ древности и въ средніе вѣка конституціей регламентировалась лишь одна или нѣсколько сферъ государственной дѣятельности, именно та или тѣ, въ которой сосредоточивались интересы защищаемой конституціей замкнутой группы. Интересы личности, ея права въ отношеніи къ государственной власти, ея свобода и равенство, проникаютъ собою всю дѣятельность государственной власти. Поэтому конституція въ смыслѣ формальномъ въ

новое время **не можетъ не стремиться къ совпаденію по своему содержанію съ конституціей въ смыслѣ матеріальномъ**, съ совокупностью всѣхъ принциповъ, общимъ образомъ опредѣляющихъ государственное устройство и направленіе дѣятельности властей. Наконецъ, установленіе конституціи государства не могли не породить представленія о **существованіи** у народа—**совокупности свободныхъ, равныхъ личностей—постоянной власти устанавливать и пересматривать свою конституцію**. Эта власть, высшая въ государствѣ, гарантируетъ неприкосновенность правъ личности, ибо ею опредѣляется все государственное устройство. Въ дальнѣйшемъ она и получила названіе **учредительной власти**. Этой идеи точно такъ же не могло возникнуть прежде. Конституціямъ древности и среднихъ вѣковъ не доставало для того не только широты обхвата всей государственной дѣятельности. Они были тѣснѣйшимъ образомъ связаны со всей прошлой борьбой за интересы различныхъ группъ. Преходящій характеръ прежнихъ конституцій былъ ясенъ борющимся сторонамъ при самомъ установленіи достигнутыхъ соглашеній. Уже самый ихъ компромиссный характеръ не могъ не порождать у обѣихъ сторонъ надежду на измѣненіе—расширеніе или умаленіе—признанныхъ правъ въ дальнѣйшемъ. Установленіе конституцій новаго времени, установленіе ихъ договоромъ свободныхъ, равныхъ индивидовъ знаменовало, наоборотъ, въ представленіи дѣйствующихъ лицъ, уничтоженіе всего историческаго прошлаго, основаніе новаго государства на началахъ, самими участниками соглашенія выработанныхъ. Установленіе конституціи означало вмѣстѣ съ тѣмъ какъ бы учрежденіе новаго общества, новаго государства, которое, такимъ образомъ, пріобрѣтало характеръ единства, состоящаго изъ суммы равныхъ индивидовъ, механическаго или ариѳметическаго цѣлаго. Весьма существенно въ данномъ вопросѣ и то, что конституціонный договоръ становится договоромъ не между властью съ одной стороны и другими общественными силами съ другой, но дого-

воромъ между людьми, государственную власть устанавливающими. Это обстоятельство составляетъ уже ближайшее основаніе для возникновенія представленія о томъ, что народу принадлежитъ власть учреждать конституцію, учредительная власть.

Несомнѣнно, что нѣсколько десятковъ пилигримовъ поселившихся въ Нью-Плимутѣ, и не подозрѣвало, что основная идея ихъ convenant'а, идея защиты личности, сыграетъ роль искры, способной породить въ дальнѣйшемъ пламенное развитіе очерченной сейчасъ нами демократической идеи конституціи и учредительной власти.

Но ничтожная искорка, быть можетъ, случайно зароненная самоотверженными борцами за религіозную идею, не потухла на землѣ Нью-Плимута. Вслѣдъ за первой партіей пилигримовъ пошли и другія. Въ 1632 г. вырабатывается „установительное соглашеніе (Plantation convenants)—конституція — поселенцами, основавшими колонію Коннектикутъ. Иниціаторъ и глава этого поселенія пасторъ Томасъ Гукеръ формулировалъ основные принципы заключеннаго соглашенія въ слѣдующихъ выраженіяхъ: „избраніе должностныхъ лицъ принадлежитъ народу въ силу уполномочія отъ самого Бога. Тѣ, кто имѣетъ право избирать должностныхъ лицъ, имѣютъ право опредѣлять границы власти и дѣятельности... И прежде всего потому, что начало власти—въ свободномъ соглашеніи народа [1])".

Послѣднія слова индепендентскаго проповѣдника показываютъ, что идея учредительной власти народа, являющейся основой всего правового бытія государства, не теоретическій выводъ изъ ученія интепендентовъ и изъ текстовъ ихъ convenant'овъ, а дѣйствительно живая идея, широко популязировавшаяся среди колонистовъ тогдашней Новой Англіи. Самая конституція Коннектикута была вотирована и принята на общемъ собраніи жителей Виндзора, Гарт-

[1]) Боржо, указ. соч., в. I, стр. 14.

форда, Вистерфельда. Въ конституціи содержались слѣдующія слова, прекрасно выражающія идею учредительной власти: „Мы... соединяемся и вступаемъ въ союзъ для образованія государства-республики и объявляемъ какъ за себя, такъ и за нашихъ преемниковъ, а равно за всѣхъ тѣхъ, кто впослѣдствіи могъ бы присоединиться къ намъ, что мы заключили взаимный договоръ единенія и конфедераціи“. Какъ видимъ, колонисты Коннектикута уже опредѣленно выражаютъ намѣреніе учредить путемъ договора не общину вѣрующихъ, а „государство-республику“. Но договоръ-конституція вырабатывается ими опять таки въ цѣляхъ оградить личность отъ угнетенія ея со стороны государственной власти. „Мы дѣлаемъ это для того, продолжаютъ колонисты, „чтобы поддержать и сохранить свободу и чистоту Евангелія нашего Господа Іисуса Христа, которое мы нынѣ исповѣдуемъ, а также церковный порядокъ, установленный среди насъ, согласно съ истиннымъ ученіемъ названнаго Евангелія [1])“...

Аналогичные договоры-конституціи были выработаны и жителями колоніи Родъ-Эйлендъ, основанной знаменитымъ поборникомъ религіозной свободы Роджеромъ Вильямсомъ въ 1637 г., а также колонистами дикаго острова Акиднекъ (1641 г.).

Необходимо при этомъ отмѣтить, что колонистамъ Родъ-Эйленда и Коннектикута удалось получить отъ англійскихъ королей утвержденіе выработанныхъ ими конституцій въ формѣ дарованія этимъ колоніямъ королевскихъ конституціонныхъ хартій. Замѣчательно, однако, что, какъ отмѣчаетъ Брайсъ, хартіи аналогичнаго содержанія даровались не только колоніямъ, образовавшимся на религіозной почвѣ, но и колоніямъ, которыя образовывались въ Новой Англіи различными торговыми компаніями. Такъ, въ 1628 г. Карломъ I была дана хартія: „губернатору и компаніи Массачузетъ-Бея въ Новой Англіи“. Этой хартіей учреждалось особое правительство изъ

---

[1]) Боржо, стр. 14,

губернатора, вице-губернатора и восемнадцати ассистентовъ и предписывалось собирать четыре раза въ годъ членовъ компаніи на общій митингъ, называемый „великимъ и общимъ засѣданіемъ“. На этихъ митингахъ происходило избраніе должностныхъ лицъ, пріемъ новыхъ членовъ компаніи, изданіе законовъ и регламентовъ. Такія хартіи были дарованы многимъ торговымъ компаніямъ на протяженіи XVI и XVII вѣковъ. Отсюда видно, насколько тѣсно идеи свободы и равенства были связаны съ объективными условіями того времени [1]).

Итакъ, идея индепендентовъ о религіозной свободѣ подъ вліяніемъ историческихъ обстоятельствъ расширилась до идеи свободы личности вообще и далѣе до идеи конституціи, имѣющей своей цѣлью обезпечить свободу личности, до идеи государства, основаннаго на договорѣ, идеи учредительной власти народа. Историческія обстоятельства, способствовавшія формулировкѣ этихъ идей, характеризуется въ слѣдующихъ прекрасныхъ словахъ Георга Еллинека: „Горсть людей отправляется, чтобы основать новое общежитіе; въ уединеніи первобытныхъ лѣсовъ, разсѣянные на громадномъ пространствѣ, принимаются они за свою культурную работу. Имъ кажется, что они живутъ какъ бы внѣ государства, въ естественномъ состояніи, и что если они выйдутъ изъ него, то сдѣлаютъ это добровольно, непринуждаемые къ тому никакою земною властью [2])“.

Но тутъ возникаетъ вопросъ, неужели только обстоятельства, сопровождавшія условія жизни колонистовъ Новой Англіи, обезпечили укрѣпленіе и дальнѣйшее развитіе провозглашенныхъ индепендентами демократическихъ идей? Неужели только въ обстановкѣ первобытныхъ американскихъ лѣсовъ сѣмена демократизма могли дать тѣ ростки, которыми мы питаемся отчасти и въ настоящее время?

Мы уже отмѣчали, что причины, вызвавшія къ жизни

[1]) Брайсъ, Американская республика, т. II, стр. 21 и сл.

[2]) Г. Еллинекъ, Декларація правъ, стр. 53.

христіанскія идеи личности, коренились въ глубинѣ общественныхъ отношеній новаго времени. Поэтому для ея развитія не требовалось исключительно специфическихъ условій жизни американскихъ колонистовъ. Идея эта нашла почву для своего развитія и въ условіяхъ жизни стараго свѣта, въ обстановкѣ борьбы англійскаго общества съ королевской властью.

§ 8.

Знаменитая петиція о правахъ 1627 г. не устанавливаетъ ничего, что до того не было бы извѣстно англійскому публичному праву. Ея задачей было, какъ сказалъ Вентвортсъ, впослѣдствіи получившій имя лорда Страффорда, „защитить старыя законныя, признанныя свободы“, которыя шагъ за шагомъ завоевывались англійскимъ народомъ въ постепенномъ переходѣ началъ его государственнаго строя отъ феодализма къ современному конституціонному строю. Петиція о правахъ была не болѣе, какъ средствомъ установить противовѣсъ абсолютистскимъ поползновеніямъ Стюартовъ [1]). Защита власти парламента (короля, лордовъ и общинъ) — дѣйствительная цѣль этого документа. Нельзя не согласиться съ Еллинекомъ, что петиція правъ, какъ и другіе англійскіе законы, „далека отъ намѣренія признать какія-либо общія права человѣка“. Англійскіе законы, говоритъ Еллинекъ, „издаются не съ цѣлію ограничить права законодательныхъ факторовъ [2])“. Если въ петиціи правъ, какъ впослѣдствіи и въ биллѣ, и упоминается о правахъ подданныхъ (запрещены военные суды, запрещенъ принудительный постой солдатъ, подтверждено запрещеніе взимать налоги, не вотированные парламентомъ, подтверждено запрещеніе противозаконныхъ арестовъ), то это объясняется воззрѣніемъ, что „законное ограниченіе королев-

---

[1]) Rotschild, opus cit., стр. 9. См. также Еллинекъ, Декларація, стр. 34 и сл.

[2]) Тамъ же, стр. 36.

ской власти есть вмѣстѣ съ тѣмъ право народа[1])". Воззрѣніе же это тѣснѣйшимъ образомъ связано съ средне-вѣковымъ представленіемъ о государствѣ, согласно которому государство, въ сущности, является отношеніемъ по договору между монархомъ и сословіями. Содержаніе этого договора и опредѣляется законами. „Послѣдній", продолжаетъ тотъ же писатель въ своей упомянутой замѣчательной работѣ, „устанавливаетъ обязательное право государя на законное повиновеніе и право народа требовать соблюденія законныхъ границъ власти. Слѣдовательно, народъ имѣетъ право на исполненіе законовъ со стороны государя". При этомъ подъ народомъ понимали соотвѣтственно съ постепенностью ломки феодализма частью сословія, частью отдѣльныхъ лицъ — singuli et universi. Частый созывъ парламента, запрещеніе произвольныхъ арестовъ и т. д. и считалось, поэтому, правомъ народа „Пониманіе закона какъ двухсторонней нормы, устанавливающей право для обоихъ участниковъ государственнаго договора, сказывается во всей древней исторіи Англіи. Право, дарованное закономъ, переносится (какъ право „частное", установленное договоромъ, прибавимъ мы отъ себя Э. П.) отъ поколѣнія къ поколѣнію, становится правомъ унаслѣдованнымъ, и пріобрѣтается поэтому членомъ народа при самомъ рожденіи. Вотъ что говорится о законахъ при Генрихѣ VI: „законъ,—это главное наслѣдство, которое получилъ король, ибо закономъ управляется онъ самъ и всѣ его подданные и если бы не было закона, не было бы ни короля, ни наслѣдованія королевской власти". Вотъ почему и въ своей петиціи о правахъ парламентъ ссылается на то, что подданные унаслѣдовали по закону свои вольности.

Изъ сказаннаго, намъ представляется, можно съ несомнѣнностью сдѣлать выводъ, что билль о правахъ, какъ и другіе акты, связанные съ дѣятельностью англійскаго парла-

---

[1]) Тамъ же, стр. 39.

[2]) Тамъ же, стр. 40.

мента того времени („Іоркскія“ и „Ньюкестльскія“ предложенія) имѣли въ своей основѣ средневѣковыя сословно-монархическія представленія, хотя во многомъ они выходили за предѣлы сословнаго строя. Защита правъ, которыя, по своему матеріальному содержанію, были цѣликомъ связаны съ новымъ временемъ, мыслилась парламенту лишь въ средневѣковыхъ сословныхъ формахъ.

Для того, чтобы и въ старой Англіи возникла идея конституціи въ новѣйшемъ смыслѣ, идея учредительной власти народа, требовалось возникновеніе условій, при которыхъ бы не права парламента, какъ представителя совокупности сословій, противополагались королевской власти и абсолютистскимъ стремленіямъ короля, а права личности могли быть противопоставлены в с е й г о с у д а р с т в е н н о й в л а с т и. Только при такихъ условіяхъ средневѣковыя сословно-монархическія воззрѣнія на государство и его элементы могли быть съ корнемъ вырваны изъ политической идеологіи того времени.

Какъ извѣстно, во время англійской революціи сороковыхъ годовъ XVII столѣтія два органа верховной власти вступили между собою въ непримиримый конфликтъ. Карлъ I и парламентъ находились другъ съ другомъ въ открытой враждѣ.

Попытки короля ввести епископское устройство церкви и въ Шотландіи встрѣтили рѣшительный отпоръ.

Попавшій въ затруднительное положеніе король созываетъ весной 1640 г. послѣ одиннадцатилѣтняго единоличнаго правленія англійскій парламентъ. Но парламентъ отказываетъ королю въ вотированіи средствъ для борьбы съ мятежниками и объявляетъ о своемъ желаніи провѣрить законность принятыхъ Карломъ за истекшія одиннадцать лѣтъ мѣропріятій. Въ отвѣтъ на это Карлъ распускаетъ парламентъ и дѣлаетъ неудачную попытку набрать нужныя ему средства насильственными мѣрами. Пораженіе, нанесенное ему шотландцами и раздраженіе противъ короля внутри страны, заставили его созвать въ 1641 г. новый парламентъ, которому суждено было сдѣлаться „долгимъ“. Осужденія и казни главныхъ королев-

скихъ совѣтниковъ Страффорда и архіепископа Лоуда,—законъ, запрещавшій королю роспускъ парламента, упраздненіе суда „звѣздной палаты“, изданіе закона, согласно которому новый парламентъ долженъ собираться не позже, чѣмъ черезъ три года послѣ распущенія стараго, независимо отъ изданія королемъ указа объ его созывѣ, упраздненіе высшаго церковнаго суда и лишеніе королевскаго тайнаго совѣта права издавать приказы объ арестахъ и отмѣнять судебные приговоры,—все это первые побѣдоносные шаги начавшейся революціи. Неудавшаяся попытка короля послѣ заключенія имъ мира съ Шотландіей произвести насильственный арестъ наиболѣе непріятныхъ ему членовъ палаты общинъ Пима и Гемпдена—и члена палаты лордовъ Комбольтона,—впослѣдствіи лорда Манчестера,—имѣвшая мѣсто 4 января 1642 г., создала для него столь враждебную атмосферу, что онъ вынужденъ былъ покинуть столицу. Съ этого момента началась уже открытая гражданская война.

Три главныя общественныя силы были движущими факторами англійской революціи. Первая сила—это король и его приверженцы. Вторая сила—парламентъ, состоявшій въ большинствѣ изъ пресвитеріанъ. Пресвитеріане, какъ мы уже знаемъ, не только не были сторонниками идеи религіозной свободы—болѣе того они были весьма рѣшительными ея противниками. Засѣдавшее въ Вестминстерѣ съ 1643 г. „великое собраніе богослововъ“ въ своемъ посланіи къ парламенту слѣдующимъ образомъ выражаетъ свое отношеніе къ идеѣ свободы совѣсти: „терпимость сдѣлала бы изъ этого королевства хаосъ, Вавилонъ, второй Амстердамъ, Содомъ и Египетъ.

Какъ первородный грѣхъ является первымъ грѣхомъ, носящимъ въ себѣ сѣмя и зародышъ всѣхъ грѣховъ, такъ терпимость чревата весьма ошибками и всякимъ зломъ... Вся наша душа негодуетъ, и мы могли бы утонуть въ своихъ слезахъ, проливаемыхъ при мысли о томъ, какими продолжительными и тяжелыми трудами это королевство въ теченіе многихъ лѣтъ добивалось благословеннаго плода, основательной

и чистой реформаціи. И вотъ теперь, въ концѣ концовъ, послѣ всѣхъ этихъ трудовъ, страданій и ожиданій истинная и основательная реформація подвергается опасности быть задушенной до появленія на свѣтъ какой то беззаконной терпимостью, которая стремится осуществиться раньше ея [1])".

Такимъ образомъ „основательная чистая реформація" и прежде всего уничтоженіе власти епископовъ, было идеаломъ пресвитеріанства. Но „было бы совершенно ошибочно слышать въ этихъ словахъ только голосъ ограниченныхъ религіозныхъ фанатиковъ", говоритъ Э. Бернштейнъ. „Въ этихъ словахъ слышится голосъ имущаго городского населенія—купечество Сити держалось большею частью пресвитеріанства,—тотъ же голосъ, который въ настоящее время говоритъ, что религія должна быть сохранена въ народѣ [2])". „Нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что Сити упорно держалось пресвитеріанства, говоритъ писатель иного направленія—Гардинеръ". „Страхъ передъ возможной церковной тираніей... не существовалъ для купцовъ и ремесленниковъ Сити. Путемъ занятій должностей старѣйшинъ, наблюдающихъ за церковной дисциплиной, купцы и ремесленники сами составили бы церковь [3])".

Третьей силой, участвовавшей въ великой общественной борьбѣ, была армія со своимъ идейнымъ вождемъ Оливеромъ Кромвелемъ. Главную массу ея составляли крестьяне и ремесленники. Какъ доказываетъ писатель, лучше другихъ изучившій соціальную сторону англійской революціи, особенно большой контингентъ составляли ея рабочіе шерстяной промышленности [4]). Въ отношеніи религіозномъ армія Кромвеля состояла въ своемъ огромномъ большинствѣ изъ индепендентовъ. О томъ, чтобы въ составъ арміи вошло возможно большее количество лицъ, принадлежащихъ къ различнымъ вѣроученіямъ, усиленно заботился самъ Кромвель. Онъ считалъ, что

[1]) Бернштейнъ, указ. соч., стр. 103.
[2]) Тамъ же.
[3]) Цитировано у Бернштейнъ, указ. соч., стр. 104, прим. 1.
[4]) Эд. Бернштейнъ, тамъ же, стр. 109.

для побѣды надъ „людьми чести“, защищавшими короля, необходимы люди, защищающіе еще болѣе высокій принципъ, „религіозные люди“. Неудивительно, что религіозная свобода стала боевымъ ключомъ Кромвельскаго войска. Неудивительно, далѣе, что въ этомъ именно вопросѣ и произошелъ расколъ между арміей и пресвитеріанскимъ парламентомъ. Нужно, впрочемъ, здѣсь оговориться, что за религіозной оболочкой раздора между парламентомъ и арміей стоялъ глубокій соціальный антагонизмъ. Требованія арміи не могли имѣть исключительно сектантскій характеръ уже потому, что въ ея составъ входили люди, принадлежащіе къ самымъ разнообразнымъ сектамъ. Тутъ были и „анабаптисты“ и „фамилисты“ и приверженцы „пятой монархіи“ и „антиномисты“ и „рантеры“ и т. д. Да и требованія арміи воспринимались не всегда, какъ религіозныя. Очень характернымъ является въ этомъ отношеніи отзывъ Эдмунда Уоллера: „если народныя массы, численностью своихъ рукъ или подаваемыхъ ими петицій, добьются введенія равенства въ церковныхъ дѣлахъ, то слѣдующимъ ихъ требованіемъ будетъ пожалуй lex agraria (законъ о раздѣлѣ земли), требованіе такого же равенства въ свѣтскихъ дѣлахъ“. „Я увѣренъ, продолжалъ онъ, что, когда потребуютъ распредѣленія земли и имущества, то для доказательства справедливости этого требованія будетъ приводиться столько же цитатъ изъ библіи, сколько теперь приводится противъ духовенства и церковныхъ доходовъ [1])“.

Во всякомъ случаѣ разрывъ между парламентомъ и арміей былъ налицо.

Такимъ образомъ и создалось предположеніе, необходимость котораго для возникновенія идеи конституціи и учредительной власти уже была отмѣчена нами выше. Армія была противъ и короля и парламента. Разсматривая себя, какъ англійскій народъ, находящійся во враждѣ со всей су-

---

[1]) Бернштейнъ, стр. 104, 106 и сл.

ществующей государственной властью, армія силою вещей приходила къ мысли о необходимости установить начала, ограждающія права народа отъ государственной власти, выработать, другими словами, соотвѣтствующій основной законъ-конституцію. Прійти къ этой идеѣ было тѣмъ легче, что въ арміи уже въ совершенствѣ усвоилась идея религіозной свободы, независимости людей отъ власти въ сферѣ религіозной жизни, идея равенства всѣхъ членовъ каждой отдѣльной общины вѣрующихъ. Подобно колонистамъ Новой Англіи, которые, кстати сказать, въ значительномъ количествѣ прибыли въ старую Англію для участія въ революціи, индепендентамъ Кромвельской арміи было достаточно расширить свои прежнія религіозныя представленія до степени общегосударственныхъ, чтобы формулировать основы идеи личности. Мы видимъ, что Уоллеръ не ошибался, предвѣщая палатѣ общинъ требованія индепендентами равенства въ дѣлахъ свѣтскихъ.

Первая попытка арміи выработать конституцію была сдѣлана въ іюнѣ 1647 г. на офицерскомъ совѣтѣ въ Редингѣ (Reading).

Передъ походомъ въ Лондонъ совѣтъ офицеровъ революціонной арміи, засѣдавшій въ Редингѣ съ участіемъ представителей отъ солдатъ (эти представители—по два отъ каждаго полка—назывались агитаторами) рѣшаетъ опубликовать конституціонныя намѣренія войска. Особенно настаиваютъ на выработкѣ и опубликованіи проекта конституціи Кромвель и государствовѣдъ арміи Аэртонъ. Послѣдній сообщаетъ, что нѣкоторые пункты требованій арміи имъ уже выработаны [1]. Въ результатѣ обсужденій были приняты и опубликованы извѣстныя „основы предположеній“ (Heads of the Proposals). По своему содержанію, въ части, касающейся парламента, они сводились къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) за-

[1]) Rotschild, указ. соч., стр. 40 и сл.

сѣдающій нынѣ долгій парламентъ долженъ, не позднѣе чѣмъ черезъ годъ, быть распущеннымъ; 2) въ дальнѣйшемъ полномочія депутатовъ (легислатура) англійскаго парламента длятся не далѣе двухъ лѣтъ; 3) парламентъ самъ опредѣляетъ продолжительность своихъ сессій, но по истеченіи 120 дней засѣданій король можетъ установить отсрочку сессіи, а также прекратить ее; 4) парламентъ можетъ быть созываемъ на экстренныя сессіи постановленіемъ государственнаго совѣта, утвержденнымъ королемъ; 5) каждый парламентъ выдѣляетъ изъ своего состава комиссію, функціонирующую въ періодъ времени, когда парламентъ не въ сборѣ; 6) въ основѣ избирательнаго права и распредѣленія округовъ долженъ лежать принципъ пропорціональности соотвѣтственно суммѣ платимыхъ каждымъ графствомъ налоговъ; 7) депутаты подлежатъ дисциплинарной власти той палаты, членами которой они состоятъ; 8) безъ согласія обѣихъ палатъ король не можетъ пользоваться правомъ помилованія; 9) члены палаты общинъ могутъ быть судимы верхней палатой лишь при участіи нижней; 10) вопросъ объ объявленіи войны и заключеніи мира разрѣшается государственнымъ совѣтомъ при участіи парламента.

Мы привели важнѣйшія постановленія, „Heads of the Proposals“ въ части, относящейся къ опредѣленію полномочій парламента. Изслѣдуя эти постановленія, нельзя не отмѣтить присущихъ имъ двухъ характерныхъ чертъ: 1) несомнѣнной умѣренности и большой склонности къ политическому компромиссу и 2) стремленіи установить защиту правъ гражданъ отъ государственной власти[1]). Нельзя, однако, не признать, что первая тенденція выражена въ „основахъ“ несравненно опредѣленнѣе. Сохраненіе королевской власти, палаты лордовъ

[1]) Какъ и другіе акты изъ эпохи англійской революціи, которые будутъ цитироваться ниже, напечатаны у Gardiner'a, Constitutional Documents, стр. 74 и сл.

установленіе государственнаго совѣта, предоставленіе годового срока для полномочій ненавистнаго значительной части страны „долгаго“ парламента и, наконецъ, признаніе цензоваго избирательнаго права,—развѣ все это не характеризуетъ въ полной мѣрѣ умѣренность политическихъ взглядовъ авторовъ „основъ“.

Стремленіе оградить право личности выражается въ весьма характерномъ постановленіи о двухгодичныхъ легислатурахъ парламента. Этимъ достигается возможность сравнительно частаго обращенія къ избирателямъ, къ выявленію ихъ воли. Но тенденція къ огражденію правъ личности проявлена составителями интересующаго насъ акта, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, въ весьма оригинальной для того времени формѣ. Чрезвычайно интересными являются постановленія, предоставляющія королю устанавливать отсрочку и прекращеніе сессіи парламента, засѣдавшаго болѣе 120 дней, постановленія, касающіяся созыва парламента на экстренныя сессіи, а также участія государственнаго совѣта и парламента въ разрѣшеніи вопросовъ войны и мира. Здѣсь мы встрѣчаемся съ крайне любопытной попыткой такъ распредѣлить власть между разными органами, чтобы ни одинъ изъ нихъ не могъ стать всевластнымъ. Это — проведеніе той самой системы равновѣсія властей, къ которой былъ столь склоненъ Аристотель въ своей „Политикѣ“ и которая пріобрѣла въ Европѣ и Америкѣ такую популярность со времени выхода въ свѣтъ „Духа законовъ“ Монтескье. Въ стремленіи провести систему равновѣсія властей и тѣмъ обезпечить свободу личности, авторы „основъ“ не остановились передъ отказомъ отъ одного изъ важныхъ завоеваній революціи—права парламента самому опредѣлять продолжительность своихъ занятій, отказомъ, такъ односторонне, кстати сказать, истолкованнымъ изслѣдователемъ вопроса Ротшильдомъ [1]).

Чтобы покончить съ анализомъ приведенной части „основъ“, нужно отмѣтить, что въ остальномъ эта часть постановленій

[1]) Цитиров. соч., стр. 48.

стоитъ на почвѣ политическаго опыта Англіи: стремится уничтожить королевскій произволъ въ области вопросовъ созыва парламента, привлеченія къ суду депутатовъ, дарованія избирательнаго права графствамъ и городамъ и, наконецъ, пытается воскресить средневѣковыя „комиссіи“, избираемыя парламентомъ и долженствующія наблюдать во время перерывовъ его занятій за соблюденіемъ вынесенныхъ имъ постановленій.

Положеніе королевской власти офицерскій совѣтъ въ Reading'ѣ намѣренъ былъ опредѣлить слѣдующимъ образомъ. Помимо указанныхъ уже ограниченій власти короля, у него отнималось на десять лѣтъ право командованія арміей. По прошествіи этого срока онъ получаетъ право командованія, но ограниченное участіемъ парламента. На десять лѣтъ онъ лишается и права назначать должностныхъ лицъ, а также членовъ государственнаго совѣта. По истеченіи этого срока король получаетъ право назначать должностныхъ лицъ изъ числа трехъ представляемыхъ ему парламентомъ на каждую должность кандидатовъ. Званіе пэра можетъ быть представляемо королемъ лишь съ согласія парламента. Веденіе международныхъ отношеній принадлежитъ Государственному Совѣту.

О правѣ короля участвовать въ изданіи законовъ проектъ умалчиваетъ. Изданіе законовъ разсматривается, какъ функція парламента. Впрочемъ, данный вопросъ признается самими авторами нуждающимся въ дальнѣйшей разработкѣ.

Приведеннымъ положеніямъ „Heads of the Proposals“ нельзя отказать въ большомъ вліяніи на дальнѣйшее развитіе публичнаго права Англіи. Но центръ тяжести „основъ“ долженъ былъ заключаться въ другомъ. Ихъ главная цѣль – фиксированіе правъ личности въ отношеніи ея къ государственной власти. Но въ этой области, кромѣ указанныхъ уже постановленій, касающихся сокращенія сроковъ легислатуръ парламента и системы распредѣленія властей, „основы“ даютъ очень мало. Они даже не стремятся разрушить самую епископскую организацію церкви, ограничиваясь лишь отнятіемъ у епископовъ и другихъ духовныхъ лицъ принудительной власти и права

суда и установленіемъ ненаказуемости неисполненія церковныхъ обрядовъ, какъ равно и совершенія богослуженій внѣ церкви. Этимъ косвеннымъ признаніемъ свободы вѣры „основы" и ограничиваютъ свои постановленія, касающіяся свободы личности.

Несмотря на всю государственно-правовую глубину выработанныхъ въ Reading'ѣ „основъ предложеній", глубину, которая, по нашему мнѣнію, является и понынѣ недостаточно оцѣненной, онѣ были заранѣе осуждены на политическій неуспѣхъ. Причина этого неуспѣха понятна: для короля и парламента „основы" были невыгодны и потому непріемлемы; для широкихъ народныхъ массъ онѣ были слишкомъ умѣренны а, кромѣ того, мало понятны, а потому также непріемлемы. Нельзя, наконецъ, отмѣтить, что стремясь къ ограниченію власти въ интересахъ личности, офицерскій совѣтъ не выдвинулъ тѣмъ не менѣе идеи конституціи въ смыслѣ договора, установленнаго всѣмъ народомъ, не выдвинулъ, поэтому, и идеи учредительной власти. Серьезнѣйшимъ къ тому препятствіемъ было, на нашъ взглядъ, то, что авторы договора, находившіеся во враждѣ съ существовавшей законной властью, сами принадлежали къ общественной силѣ, являвшейся весьма значительной фактической властью въ государствѣ,—къ арміи. Народный договоръ не былъ нуженъ, коль скоро армія могла дать народу свободу, защитить его права. Послѣдовательное проведеніе идеи личности и формулировка идеи учредительной власти предполагаетъ противопоставленіе личности всякой власти. Идейная группа, способная на такое противопоставленіе, вскорѣ и возникла въ Англіи.

Дальнѣйшіе опыты кодифицировать конституцію связаны въ англійской революціи съ расколомъ индепендентовъ на 2 группы: левеллеровъ и джентльменовъ. Первые съ Лильбурномъ, Мартеномъ, Вильдманомъ и Райнборо во главѣ были рѣшительными сторонниками послѣдовательныхъ демократическихъ преобразованій. Они стремились къ установленію республики, уничтоженію палаты лордовъ, ко всеобщему избирательному праву.

Словомъ компромиссный характеръ „Heads of the proposals“ былъ глубоко чуждъ левеллерамъ. Въ борьбѣ съ компромиссной политикой „грандовъ“ арміи они выдвинули лозунгъ „народнаго договора“ (Agreement of the people), который долженъ лечь въ основу всей государственной организаціи. Попытка установить соглашеніе между джентльменами и левеллерами по поводу выработанныхъ послѣдними началъ народнаго договора и манифеста, озаглавленнаго „Дѣло арміи“ (The case of the army), при совмѣстномъ обсужденіи этихъ актовъ въ засѣданіяхъ офицерскаго совѣта въ Путнейскомъ лагерѣ успѣха не имѣла: слишкомъ различны были политическія стремленія авторовъ изученныхъ уже нами „основъ“ — съ одной стороны и „народнаго договора“ — съ другой стороны [1]).

Основы выработаннаго левеллерами „народнаго договора“ сводились къ слѣдующему:

Онъ устанавливаетъ, прежде всего, область личной жизни и дѣятельности человѣка, въ которую законодатель вообще входить не можетъ, область индивидуальной свободы. И въ этомъ главная цѣль „договора“. „Труды и опасности, которымъ мы себя подвергали, ясно показали міру, какъ высоко мы цѣнимъ свободу [2])!“ „Если мы укрѣпимъ наши права и нашу свободу, то окажутся напрасными всякія усилія тѣхъ, кто разсчитываетъ властвовать надъ нами въ будущемъ“.

Самый договоръ состоитъ изъ четырехъ статей. Двѣ изъ нихъ повторяютъ частію опредѣленія „Heads of the Proposals“, касающіяся положенія парламента. „Договоръ“ устанавливаетъ, что „долгій парламентъ“ долженъ разойтись не позже „послѣдняго дня сентября 1648 года“. Продолжительность парламентскихъ легислатуръ вообще опредѣляется, такъ же, какъ и въ „основахъ“, въ два года. Но продолжительность сессій фикси-

---

1) Подробности о Путнейской Конференціи, см. у Rotschild'a, цитиров. соч., стр. 79—92.

2) Русскій переводъ части „договора“, см. въ книжкѣ С. Я. Цейтлина, Учредительныя и законодательныя собранія въ конституціонныхъ государствахъ, изд. библ. „Общественной Пользы“.

руется инымъ способомъ: парламентъ засѣдаетъ съ перваго четверга апрѣля мѣсяца до послѣдняго четверга сентября, но не долѣе. Таковы сдержки, устанавливаемыя для парламента, съ цѣлью предотвратить возможность для него сдѣлаться изъ собранія народныхъ представителей неограниченнымъ надъ народомъ властителемъ. Отвергнувъ королевскую власть, авторы „договора", естественно, должны были отказаться и отъ того противовѣса парламентскому всемогуществу, который авторы основъ связывали съ правомъ короля устанавливать въ извѣстныхъ случаяхъ отсрочки и прекращеніе сессіи. Однако, очевидно сами творцы „договора" считаютъ установленныя ими чисто внѣшнія „сдержки" противъ возможныхъ расширеній власти парламента нодостаточными. Надѣляя парламентъ огромными правами (въ области законодательства, назначенія должностныхъ лицъ и судей, объявленія войны и заключенія мира и пр.), которыя „основы" распредѣляли между королемъ, парламентомъ и государственнымъ совѣтомъ, „договоръ" считаетъ необходимымъ установить и чисто внутреннюю, матеріально-правовую, „сдержку" для дѣятельности парламента. Именно: въ ст. IV говорится, что объемъ полномочій парламента безусловно подчиненъ основнымъ правамъ лицъ, парламентъ избравшимъ. Выходя изъ предѣловъ своей компетенціи, парламентъ нарушаетъ, такимъ образомъ, не компетенцію другого какого-либо органа власти, а права своихъ собственныхъ довѣрителей. Съ этимъ и связано дальнѣйшее, очень важное постановленіе, что парламенту принадлежатъ всѣ тѣ функціи, которыя довѣрители не сохранили непосредственно за собою. Стремясь, слѣдовательно, къ огражденію правъ личности отъ государственной власти, вырабатывая въ этихъ цѣляхъ „народный договоръ" — конституцію, принимая всевозможныя мѣры въ предотвращенію деспотизма со стороны какого-либо органа власти, авторы „договора" приходятъ послѣдовательно къ тому, что всѣ полномочія власти выводятъ изъ предоставленія ихъ тому или иному учрежденію „довѣрителями". Личность

гражданина становится, такимъ образомъ, источникомъ всѣхъ властей, существующихъ въ государствѣ. Нѣкоторыя свои права индивидъ передаетъ своимъ избранникамъ—парламенту, нѣкоторыя же оставляетъ за собою навсегда. Сюда относятся: 1) запрещеніе всякихъ попытокъ законодательства въ вопросахъ вѣры,—совѣсть человѣка свободна; 2) запрещеніе возложенія на гражданъ принудительной службы въ военное время, что представляется несовмѣстимымъ со свободою; 3) запрещеніе всякаго розыска за слова и дѣла, связанныя съ гражданской междоусобной войной; 4) запрещеніе издавать законы, которые въ чемъ-либо нарушали-бы равенство между людьми. Послѣдній пунктъ для насъ наиболѣе важенъ. Левеллеры провозгласили, какъ видимъ, не только свободу, но и равенство всѣхъ людей. Законы должны обязывать всѣхъ одинаково. Никакія различія во владѣніи, собственности, привилегіяхъ, рангѣ, происхожденіи или общественномъ положеніи не должны являться поводами для изъятій изъ общихъ законовъ, которымъ всѣ должны быть одинаково подчинены. Предвосхищая, далѣе, какъ и въ предыдущемъ, идеи Руссо, левеллеры говорятъ, что равенство законовъ для всѣхъ людей обезпечитъ спасительность, благотворность дѣйствія законовъ, безопасность и процвѣтаніе націи. Если народъ, нація, является совокупностью равныхъ индивидовъ, то благомъ для націи будетъ то, что является благомъ для отдѣльнаго человѣка при условіи ненарушенія принципа равенства. Для того же, чтобы нація была именно совокупностью равныхъ, левеллеры во главѣ всѣхъ постановленій выставляютъ впервые въ исторіи принципъ всеобщаго избирательнаго права.

Не только въ ничтожныхъ по величинѣ колоніяхъ Новой Англіи, но и въ могущественной Старой Англіи возникла и получила свою формулировку идея писаной конституціи, направленной на огражденіе правъ человѣческой личности.

Левеллеры не желали терпѣть какой-либо неограниченной

власти,—будь то король, парламентъ или даже сама демократическая армія. „Если мы даже будемъ считать короля такимъ же тираномъ, какимъ считаете его вы", писалъ Джонъ Лильбурнъ, обращаясь къ руководителямъ арміи, „если парламентъ будетъ казаться намъ такимъ плохимъ, какимъ вы его выставляете, все же пока въ странѣ нѣтъ иной власти, могущей составить противовѣсъ арміи, кромѣ короля и парламента, въ нашихъ интересахъ поддерживать одного тирана въ противовѣсъ другому, пока мы не узнаемъ точно, какія вольности, даетъ намъ тотъ тиранъ, который выдаетъ себя за наиболѣе честнаго". „Мы желаемъ имѣть какую-нибудь опору, мы, насколько это въ нашей власти, не желаемъ терпѣть, чтобы армія подчинила своей волѣ и своему мечу правительство всей страны,—чего, конечно, не потерпѣлъ бы ни одинъ разумный человѣкъ, мы не можемъ допустить, чтобы въ противовѣсъ арміи не осталось какой либо власти для отдѣльнаго лица... Поэтому я энергично настаиваю на составленіи народнаго договора и отвергаю всякую мысль обо всемъ остальномъ, пока договоръ не будетъ составленъ [1])".

Провозгласивъ идею конституціи, направленной на огражденіе правъ личности, и опредѣливъ ея содержаніе, левеллеры вмѣстѣ съ тѣмъ выдвинули и идею учредительной власти народа. „Народный договоръ", по ихъ мысли, долженъ былъ быть подписаннымъ всѣми гражданами Англіи. Этимъ актомъ народъ конструировалъ государство, опредѣлялъ все его устройство и направленіе дѣятельности. Стремясь оградить права личности отъ государственной власти, левеллеры нашли къ тому лучшій способъ въ сохраненіи за совокупностью личностей—народомъ—права, не будучи активной властью, говорить послѣднее и рѣшающее слово въ вопросахъ объ оранизаціи всѣхъ властей и ихъ функціяхъ. Идея учре-

[1]) Бернштейнъ, указ. соч., стр. 121.

дительной власти народа — власти устанавливать конституцію, — тѣснѣйшимъ образомъ связанная съ развитіемъ идеи личности, — одно изъ важнѣйшихъ „изобрѣтеній“, появившихся на зарѣ эпохи индустріализаціи хозяйства, эпохи развитія капитализма. Идея учредительной власти народа лежитъ въ основѣ дальнѣйшаго развитія демократическихъ идей. Отсюда видно, какую огромную роль въ развитіи началъ современной демократіи сыграла англійская революція сороковыхъ годовъ XVII столѣтія. Правда, „народному договору“ не суждено было стать дѣйствующимъ правомъ Англіи. Но значеніе какъ породившихъ его индепендентскихъ идей, такъ и самого договора, ихъ воплотившаго, для дальнѣйшаго развитія идеи писаной конституціи и учредительной власти было огромно.

§ 9.

Идея договорнаго происхожденія государства выдвигается въ XVII вѣкѣ писателями, значеніе которыхъ въ исторіи политическихъ ученій никѣмъ не оспаривается. Уже Гоббсъ высказываетъ положеніе, что государство образуется путемъ договора, который заключается не между сословіями или корпораціями, а между отдѣльными людьми. Заключается онъ для прекращенія „войны всѣхъ противъ всѣхъ“, которую люди ведутъ въ догосударственномъ состояніи, для водворенія мира. Договоръ соединенія людей въ государство есть вмѣстѣ съ тѣмъ договоръ подчиненія ихъ государственной власти, которая является неограниченной. Придя, такимъ образомъ, къ абсолютизму, Гоббсъ все таки считалъ, что существуютъ ограничивающіе государственную власть основные законы (leges naturae fundamentalis). Это такіе законы, несоблюденіе которыхъ влечетъ за собою распаденіе государства. Основной законъ совпадаетъ, слѣдовательно, у Гоббса съ создающимъ государство договоромъ[1]). Законъ

---

[1]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900 г., стр. 468.

этотъ опредѣляетъ отношеніе между сувереномъ и подданнымъ, государственной властью и индивидомъ [1]).

Основной законъ-договоръ долженъ быть неизмѣненъ, ибо въ противномъ случаѣ государство будетъ разрушено и люди снова впадутъ въ естественное состояніе. Но самое содержаніе этого договора состоитъ, по Гоббсу, въ подчиненіи устанавливаемой большинствомъ власти [2]). Такимъ образомъ, сдѣлать практическіе выводы изъ конструированной Гоббсомъ теоріи основного закона крайне трудно. Однако, весьма характерно, что даже писатель, бывшій въ практическихъ выводахъ абсолютистомъ, строилъ свои положенія на демократической теоріи народнаго договора. Недаромъ Гоббсъ былъ при Стюартахъ въ числѣ гонимыхъ!

Въ основаніи политическихъ идей Л о к к а также лежала идея договора соединенія. Этотъ договоръ имѣетъ цѣлью „доставить всѣмъ и каждому удобное, безопасное и мирное житіе, обезпеченное пользованіе собственностью и большую защиту противъ той, какой пользуются лица, стоящія внѣ общества [3])". Но человѣкъ, вступившій такимъ образомъ въ государство, не отказывается отъ всѣхъ своихъ правъ въ пользу созданной власти. Онъ обязывается лишь подчиняться волѣ большинства въ государствѣ. Волю большинства каждый членъ государства долженъ разсматривать какъ свою собственную волю. Однако не всѣ полномочія люди передаютъ государству. Нѣкоторыя изъ нихъ они о с т а в л я ю т ъ за собою.

Даже верховная въ государствѣ власть — законодательная — пользуется только той суммой правъ, которая дѣлаетъ для нея возможнымъ обезпеченіе подданнымъ ж и з н и, с в о б о д ы и с о б с т в е н н о с т и. Права на жизнь, свободу и собственность, являются неотъемлемыми, прирожденными правами индивидовъ. Сохраняя за собою эти права, люди получаютъ

---

1) E. Z w e i g, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, стр. 27.

2) D e c i v e, V, 8.

3) М. М. К о в а л е в с к і й, Локкъ. Новый словарь Брокгауза и Эфрона, т. 24, стр. 822.

возможность и измѣнять форму правленія, переносить верховную, т. е. законодательную власть въ другія руки. Итакъ, у Локка, какъ и у левеллеровъ, народъ, въ цѣляхъ охраны своей свободы, удерживаетъ за собою власть опредѣлять государственное устройство, устанавливать конституцію, учредительную власть.

Изъ Англіи идея договорнаго происхожденія государства перешла и въ Германію. Ее развивали Пуффендорфъ, Вольфъ, Ваттель [1]). Но послѣ Локка она нашла своего авторитетнѣйшаго представителя въ лицѣ Жана Жака Руссо.

Руссо ставитъ своей задачей, „найти такую форму соединенія людей, которая бы защищала и охраняла общей силой личность и имущество каждаго члена, и въ которой каждый, соединяясь со всѣми, повиновался бы однако только самому себѣ и оставался бы такимъ же свободнымъ, какимъ былъ раньше [2])". Разрѣшеніе этой задачи Руссо видитъ въ общественномъ договорѣ, которымъ люди создаютъ общежитіе. Каковы условія этого договора? Они сводятся у Руссо лишь къ одному: къ полному отчужденію каждаго члена со всѣми правами въ пользу всего общественнаго цѣлаго [3]). Но такъ какъ это отчужденіе происходитъ на основѣ полнаго равенства, то полнота отчужденія, создавая суверенную власть цѣлаго надъ частями, не приводитъ къ порабощенію индивида. При полномъ равенствѣ всѣхъ членовъ общежитія „каждый, подчиняясь власти цѣлаго, подчиняется вмѣстѣ съ тѣмъ только самому себѣ [4])".

Но если власть государства суверенна, то можетъ ли существовать основной законъ, ограничивающій верховную власть? Въ государствѣ, какимъ оно должно быть по

[1]) См. указанія у Iellinek'a, Allgem. Staatslehre, s. 469 и сл.

[2]) Du contrat social, I, VI.

[3]) Contr. soc., тамъ же.

[4]) См. блестящія страницы у В. М. Гессена, Основы конституціоннаго права, стр. 111 и сл.

„общественному договору“, такіе законы не нужны [1]). При полномъ равенствѣ всѣхъ людей власть государства и отдѣльнаго индивида сливаются въ одно цѣлое. „Суверенъ, будучи образованъ изъ составляющихъ его частныхъ лицъ, не имѣетъ и не можетъ имѣть интересовъ, противоположныхъ ихъ интересамъ; поэтому подданные не нуждаются въ гарантіи противъ суверенной власти, ибо невозможно предположить, чтобы тѣло пожелало вредить всѣмъ своимъ членамъ“.

Такимъ образомъ, осуществленіе правъ личности въ государствѣ, какимъ оно должно быть по contrat social Руссо, восходитъ на еще болѣе высокую ступень по сравненію съ тѣмъ, къ чему стремились левеллеры и что было осуществлено въ Родъ-Эйлендѣ, Коннектикутѣ и друг. американскихъ колоніяхъ.

Тамъ государство предполагалось еще столь мало совершеннымъ съ точки зрѣнія осуществленія индивидуальной свободы и равенства, что народъ, въ цѣляхъ охраны свободы, долженъ былъ сохранять за собою учредительную власть. Здѣсь, у Руссо, сліяніе личности и государственной власти настолько полно, что въ конституціи и учредительной власти, какъ средствахъ охраны свободы, нѣтъ надобности. Воля личности, направленная на общій интересъ, и воля государства— понятія тождественныя. Суверенъ - народъ можетъ, поэтому, въ любой моментъ измѣнить свою организацію, не будучи связанъ никакими ограниченіями (некому и некого ограничивать, коль скоро личность стала властью, а власть личностью). „Для него не обязателенъ даже общественный договоръ“. Однако, высказавъ послѣднее положеніе, Руссо дѣлаетъ къ нему весьма важную оговорку: „политическое тѣло, или суверенъ, обязанный своимъ бытіемъ только святости договора, не можетъ никогда обязываться ни въ чемъ, что посягало бы на

[1]) Contr. soc. ibid.

этотъ первоначальный актъ"... „Нарушить актъ, благодаря которому онъ существуетъ, значило бы уничтожить самого себя; а ничто и породить ничего не можетъ".

Правда, въ другомъ мѣстѣ „договора"[1]) Руссо не можетъ удержаться отъ того, чтобы не провести между конституціей и обыкновенными законами, между властью учредительною и законодательною, нѣкотораго формальнаго различія. „Есть только одинъ единственный законъ", говоритъ Руссо, „который по своей природѣ требуетъ всеобщаго согласія: это общественный договоръ: потому что образованіе государства есть наиболѣе добровольный актъ въ мірѣ. Такъ какъ всякій человѣкъ рожденъ свободнымъ и воленъ распоряжаться своей личностью, то никто не можетъ подъ какимъ бы то ни было предлогомъ поработить его безъ его согласія". Какъ видимъ, во имя той же личной свободы, Руссо связываетъ заключеніе общественнаго договора съ особыми формальными рамками— единогласіемъ. Но это относится только къ моменту возникновенія государства. Коль скоро оно возникло на основаніи договора, въ немъ устанавливается порядокъ, который дѣлаетъ излишнимъ ограниченія власти какими бы то ни было законами, до самаго общественнаго договора включительно.

Но это ограниченіе, по Руссо, является излишнимъ лишь въ государствѣ, осуществившемъ у себя идеалы „общественнаго договора". Въ другихъ государствахъ ограниченіе власти конституціей, защищающей личныя права отъ государственной власти, является безусловно необходимымъ. Проектируя новое государственное устройство для Польши, Руссо сохраняетъ въ немъ для пересмотра основныхъ началъ государственной организаціи институтъ „liberum veto": установленная единогласно конституція можетъ быть измѣняема также только единогласно[2]). „Въ силу естественнаго права общежитія", говоритъ

[1]) Consideration sur le gouvernement de Pologne, гл. IX.

[2]) Livr. IV, ch. 2.

Руссо, „единогласіе требуется для измѣненія политическаго корпуса и основныхъ законовъ (corps politique et lois fundamentales)".

Итакъ, идея учредительной власти народа, какъ наиболѣе дѣйствительнаго средства оградить права личности отъ государственной власти, возникшая въ идейной атмосферѣ индепендентства, выразившаяся въ тѣхъ конституціонныхъ договорахъ, которые вырабатывались индепендентами въ Америкѣ и Англіи, получаетъ свою теоретическую формулировку у Локка и Руссо. Идея эта, какъ намъ кажется, является результатомъ многовѣкового стремленія людей ограничивать существующую власть, договариваясь съ ней по опредѣленнымъ, важнѣйшимъ для данной общественной силы, вопросамъ. Договорная форма была использована и тогда, когда передъ людьми стала другая цѣль, цѣль не ограниченія существующей власти, а созданіе новой. Этотъ договоръ заключался уже не между властью и народомъ или его частью, а между всѣми людьми, народъ составляющими. Измѣняется содержаніе общественныхъ отношеній, взамѣнъ старыхъ экономическихъ и соціальныхъ основъ создаются новыя, выражая собою неуклонное стремленіе людей къ лучшей жизни, но правовыя формы, въ которыя общественная жизнь складывается, „поспѣшаютъ медленно". Развитіе правовыхъ институтовъ совершается путемъ постепеннаго приспособленія старыхъ правовыхъ понятій къ новымъ условіямъ жизни. Многое должно измѣниться въ сферѣ дѣйствія стихійныхъ общественныхъ силъ прежде чѣмъ происшедшія измѣненія претворятся въ человѣческомъ сознаніи, прежде чѣмъ возникнетъ новая правовая идея.

Если и можно согласиться съ Лассалемъ, что конституція государства есть письменное выраженіе дѣйствительныхъ отношеній общественныхъ силъ страны [1]), то нельзя не сдѣ-

[1]) Ферд. Лассаль, О сущности конституціи, рѣчь первая, русское изданіе „Популярно-научной библіотеки", стр. 57 и сл.

лать оговорки, что самое это выраженіе (или отраженіе—по Марксу) не есть лишь механическій отпечатокъ процессовъ, совершающихся въ глубинѣ общественныхъ отношеній. Самое выраженіе реальныхъ отношеній общественныхъ силъ въ правовыхъ институтахъ есть весьма сложный процессъ приспособленія человѣческаго сознанія, много менѣе гибкаго и значительно болѣе „коснаго", чѣмъ человѣческія дѣйствія, къ условіямъ жизни. Для того, чтобы понять „сущность конституціи", точнѣе для того, чтобы установить ея функцію въ общественной жизни, нужно обращаться къ изученію развитія самого этого правового института, а не только къ изученію соотношеній общественныхъ силъ, которыя конституція выражаетъ. Мы видѣли, что эта соціальная функція конституціи заключается въ ограниченіи государственной власти въ пользу той общественной силы, которая въ данный моментъ сама не можетъ быть властью, и выражается въ различныхъ формахъ, складывающихся въ процессѣ приспособленія человѣческаго сознанія къ находящимся въ непрерывномъ измѣненіи общественнымъ отношеніямъ.

VI. Новѣйшая эволюція идеи конституціи и учредительной власти.

§ 10.

Выработка „декларацій правъ" гражданъ, сопровождающихъ изданіе первыхъ конституцій, указываетъ на то, что и въ новѣйшемъ государствѣ значеніе конституціи, какъ средства огражденія правъ гражданъ, играло вначалѣ крупную роль.

Штатъ Виргинія, установившій свою конституцію 29 мая 1776 г., предпосылаетъ ей, въ качествѣ введенія, торжественный „bill of rights". Въ этой декларації провозглашается, что „всѣ люди отъ природы одинаково свободны и независимы

и обладаютъ нѣкоторыми неотъемлемыми правами, отъ которыхъ они не могутъ отречься, вступая въ общество, и которыхъ они не могутъ лишить свое потомство, именно: права на жизнь и свободу, включая возможность пріобрѣтать собственность и владѣть ею, а также стремиться къ достиженію счастья и безопасности и пользоваться ими". Вслѣдъ за идеей свободы провозглашается и идея равенства: „ни отдѣльное лицо, ни какой-либо классъ лицъ не могутъ притязать на полученіе отъ общества исключительныхъ или особенныхъ выгодъ и привелегій, за исключеніемъ вознагражденія за общественныя заслуги".

Аналогичныя положенія были провозглашены и въ конституціяхъ другихъ американскихъ штатовъ: въ Пенсильваніи, Мерилендѣ, Сѣверной Каролинѣ, Вермонтѣ, Массачузетсѣ, Нью-Гэмпширѣ [1]. „Всѣ люди рождаются свободными и равными и обладаютъ нѣкоторыми основными естественными и неотчуждаемыми правами", говорится въ деклараціи штата Массачузетсъ.

Неудивительно, что первая революціонная французская конституція — 3 сентября 1791 г. — также содержитъ въ качествѣ введенія „декларацію правъ". „Люди рождаются свободными и равными въ правахъ...", гласила ст. 1 деклараціи. То же почти повторяется и въ проектѣ конституціи жирондистовъ, и въ конституціи 1793 г. „Правительство учреждается для гарантированія человѣку его естественныхъ и неотчуждаемыхъ правъ. Эти права — равенство, свобода, безопасность, собственность". „Всѣ люди равны по природѣ и передъ закономъ". Не могла отказаться отъ деклараціи правъ и весьма умѣренная конституція III года республики. „Декларація правъ и обязанностей человѣка и гражданина", предпосланная этой конституціи, высказываетъ въ ст. 1 слѣдующее положеніе: „права

[1]) Еллинекъ, Декларація правъ, стр. 17 и сл.

человѣка въ обществѣ суть свобода, равенство, безопасность и собственность [1])".

Позднѣйшія французскія конституціи уже не содержатъ декларацій правъ, скомпрометированныхъ въ глазахъ населенія во время революціи постояннымъ ихъ нарушеніемъ. Тѣмъ не менѣе, огромное большинство конституцій, не только Франціи, но и другихъ Европейскихъ государствъ, содержатъ въ себѣ отдѣльныя главы, посвященныя перечисленіямъ индивидуальныхъ правъ. Не признавали индивидуальныхъ правъ „конституціонные" акты Наполеона, но уже во время реставраціи Бурбоновъ, въ конституціонной хартіи Людовика XVIII 4 іюня 1814 г., отдѣлъ первый посвящается „публичнымъ правамъ французовъ". Подъ этимъ вліяніемъ и Наполеонъ въ эпоху ста дней въ своемъ актѣ отъ 22 апрѣля 1815 г. посвящаетъ послѣдній отдѣлъ „правамъ гражданъ". Въ дальнѣйшей исторіи французскихъ конституціонныхъ перемѣнъ „о публичныхъ правахъ французовъ" говоритъ отдѣлъ первый хартіи Людовика-Филиппа 14 августа 1830 г. и республиканская конституція 4 ноября 1848 г. Не упоминаютъ о нихъ акты Наполеона III и дѣйствующіе конституціонные законы 1875 г.

Перечисленіе („каталогъ", какъ его называютъ нѣмецкіе писатели) правъ индивида содержатъ въ себѣ и конституціи другихъ государствъ: Баварія, Баденъ, Бельгія, Болгарія, Греція, Данія, Испанія и многія другія вплоть до злополучныхъ нашихъ основныхъ законовъ 23 апрѣля 1906 г.

Нельзя не отмѣтить, однако, что переходъ отъ деклараціи правъ къ перечисленію основныхъ правъ въ различныхъ отдѣлахъ конституціи, а въ нѣкоторыхъ конституціонныхъ актахъ и къ полному замалчиванію этихъ правъ, знаменуетъ нѣкоторую эволюцію правосознанія въ сторону умаленія значенія провозглашеній правъ личности. Съ другой стороны, многія конституціи, содержа въ себѣ перечисленія правъ гражданъ

[1]) Текстъ французскихъ конституціонныхъ актовъ см. у Duguit et Monnier, Les constitutions de la France, 1908.

дѣйствуютъ въ странахъ, въ которыхъ свобода много менѣе обезпечена, чѣмъ въ тѣхъ, гдѣ такихъ перечисленій не содержится (Россія и Франція!). Чѣмъ объяснить эту эволюцію? Не отказомъ ли современнаго государства отъ тѣхъ началъ свободы и равенства, которыя были такъ торжественно провозглашены въ XVII и XVIII вѣкахъ? — Разумѣется, такое объясненіе противорѣчило бы совершенно несомнѣнному факту непрерывнаго роста вліянія демократическихъ идей въ новѣйшемъ правовомъ государствѣ.

Современное государство въ процессѣ своего развитія восприняло много болѣе дѣйствительныхъ средствъ для защиты правъ личности и обезпеченія ея вліянія на весь ходъ государственной жизни, чѣмъ декларативное ихъ перечисленіе. Парламентарный режимъ, административная юстиція, независимость суда, всеобщее избирательное право, народное голосованіе законопроектовъ (референдумъ) — все это гарантіи несравненно болѣе значительныя, чѣмъ провозглашеніе неотчуждаемыхъ правъ гражданъ въ конституціи или заключеніе „народнаго договора".

Нельзя не замѣтить, что и грани формальнаго различія между властью учредительной и законодательной по мѣрѣ развитія современнаго государства все болѣе и болѣе стираются.

Въ первыхъ по времени ихъ возникновенія конституціяхъ онѣ проводились весьма рѣзко. Въ штатѣ Массачузетсъ конституція, принятая въ 1780 г., была одобрена $^2/_3$ участвовавшихъ въ народномъ голосованіи гражданъ. Эти „$^2/_3$", несомнѣнно, являются нѣкоторой уступкой противъ принципа единогласія для принятія „общественнаго договора". Но вліяніе идеи общественнаго договора здѣсь проявляется все же съ очевидностью. Согласіе $^2/_3$ было поставлено въ качествѣ необходимаго условія при принятіи конституціи и въ другомъ штатѣ — Нью-Гэмпширъ.

Въ штатѣ Делаверъ конституція была установлена конвентомъ, получившимъ отъ народа спеціальное полномочіе. Здѣсь уже идея народнаго договора не получила своего выраженія.

Въ остальныхъ штатахъ конституціи были обнародованы конвентами, неполучившими на то отъ народа спеціальныхъ для осуществленія учредительной власти полномочій.

Но государства освобожденной Америки должны были позаботиться не только о порядкѣ первоначальнаго утвержденія конституцій, но и о порядкѣ ихъ измѣненій, если таковыя народъ нашелъ бы необходимыми. Другими словами, власть устанавливать конституцію—учредительная власть—должна въ демократическомъ государствѣ сдѣлаться постоянно дѣйствующей властью. Законъ не можетъ быть дѣйствіемъ общей воли, если люди должны подчиняться конституціи, которая была установлена ихъ дѣдами, говорилъ Кондорсе. Порядокъ пересмотра долженъ, однако, быть настолько опредѣленно установленнымъ, чтобы пересмотръ конституціи могъ происходить безъ нарушенія нормальнаго хода государственной жизни.

Этотъ порядокъ, послѣ признанія необходимости утвержденія конституціи народомъ и въ другихъ, помимо Массачузетса и Нью-Гэмпшира штатахъ, вылился, въ общемъ и цѣломъ, поскольку можно обобщить постановленія, существующія въ разныхъ штатахъ, въ слѣдующія формы:

1. Народъ, обладатель верховной власти, самъ устанавливаетъ себѣ конституцію и самъ ее пересматриваетъ, причемъ каждый гражданинъ участвуетъ въ этомъ актѣ непосредственно. Утвержденіе конституціи народомъ путемъ плебисцита требуетъ съ 1861 г. каждый федеральный законъ, дарующій территоріи право сдѣлаться штатомъ [1]).

2. Для составленія проекта новой конституціи или для измѣненія старой въ нѣкоторыхъ штатахъ (Георгія, Пенсильванія, Мэнъ, Коннектикутъ, Нью-Джерсей, Родъ-Эйлендъ, Индіана, Орегонъ, Вермонтъ) избираются спеціальные уполномо-

[1]) Боржо II, стр. 44. См. объ амер. шт. также у Arnoult, De la revision des constitutions, стр. 602—619.

ченные (конвентъ), дѣятельность которыхъ ограничивается только выполненіемъ указанной задачи [1]).

Заниматься законодательствомъ или рѣшать за своихъ избирателей вопросы о конституціи они не въ правѣ, такъ какъ этимъ ограничивалась бы учредительная власть народа. „Конвентъ не имѣетъ правъ самъ по себѣ“, говорится въ мотивахъ рѣшенія, постановленнаго въ 1873 г. Верховнымъ Судомъ штата Пенсильванія. „Онъ только уполномоченный и пользуется производной властью, ограниченной по самой своей природѣ. Если эта власть производная, значитъ, она ввѣрена конвенту съ извѣстнымъ ограниченіемъ, установленнымъ при ея передачѣ опредѣленнымъ порядкомъ“... Члены конвентовъ не представители, а только уполномоченные. Въ другихъ штатахъ (Арканзасъ, Техасъ, Луизіана, Миссисипи) роль конвентовъ исполняютъ обыкновенныя законодательныя палаты. Однако, какъ отмѣчаетъ Арну, созывъ спеціальныхъ конвентовъ считается въ Америкѣ необходимымъ для общаго пересмотра конституціи даже и въ тѣхъ штатахъ, гдѣ конституція объ этомъ умалчиваетъ.

3. Для установленія или измѣненія конституціи въ штатѣ Родъ-Эйлендъ требуется большинство $^3/_5$ голосовъ лицъ, участвующихъ въ голосованіи. Въ штатахъ Индіана и Орегона требуется большинство не голосовавшихъ только, а всѣхъ избирателей. Въ остальныхъ штатахъ для измѣненія конституціи достаточно простого большинства лицъ, принявшихъ участіе въ голосованіи.

4. Прежде разрѣшенія вопроса по существу объ измѣненіи конституціи народъ долженъ быть спрошенъ о томъ, желаетъ ли онъ вообще производить какое-либо измѣненіе въ своей конституціи (Массачузетсъ, Каролина, Виргинія и нѣкоторые другіе).

5. Въ нѣкоторыхъ штатахъ народъ долженъ быть, по истеченіи извѣстнаго промежутка времени, спрашиваемъ по во-

[1]) Arnoult, указ. соч., стр. 614 и сл., 606 и сл.

просу о томъ, требуется ли пересмотръ; этотъ періодъ времени колеблется въ разныхъ государствахъ отъ 7 до 20 лѣтъ (Нью-Іоркъ, Огіо, Виргинія, Мериленъ, Іовъ и другіе).

6. Наконецъ, въ цѣляхъ охраны неприкосновенности конституцій отъ внесенія въ нихъ поправокъ, такъ сказать, контрабандою, обыкновенными законами, установлены правила, что суды отказываютъ въ примѣненіи тѣхъ законовъ, которые они найдутъ противорѣчащими конституціи.

Но какъ бы значительно ни обезпечивалъ этотъ порядокъ права народа, все же несомнѣнно, что съ его установленіемъ должно наступить исчезновеніе идеи конституціи, какъ „народнаго договора". Пересмотръ конституціи совершается въ опредѣленныхъ формахъ, въ самой конституціи установленныхъ. Учредительная власть становится такой же учрежденной конституціей властью, какой является власть законодательная. Это уже не неограниченная власть совокупности личностей, оставляющихъ извѣстныя „прирожденныя" права за собою. Это—правовая власть, власть, ограниченная нормами права, осуществленіе которой происходитъ въ строжайшихъ правовыхъ формахъ. Словомъ, учредительная власть, съ воспринятіемъ ея правомъ, перестаетъ быть изначальной властью, принадлежащей народу; она становится частью правового порядка, опредѣленнаго въ конституціи.

§ 11.

Тотъ же процессъ оформленія учредительной власти нормами права течетъ и въ другихъ государствахъ. Французская конституція 1791 г. устанавливаетъ слѣдующій, весьма сложный порядокъ ея пересмотра.

1. Когда три, слѣдующихъ одно за другимъ, законодательныя собранія выразятъ единообразное мнѣніе о желательности измѣненія какой-либо конституціонной

статьи, является основаніе для требуемаго пересмотра, при чемъ предстоящее законодательное собраніе и слѣдующее за нимъ не могутъ предлагать этихъ измѣненій.

2. Четвертое законодательное собраніе съ прибавленіемъ 249 членовъ образуютъ „собраніе по пересмотру“ (на нашемъ языкѣ—учредительное собраніе). Въ числѣ членовъ этого собранія не могутъ находиться члены третьяго законодательнаго собранія.

3. Учредительное собраніе не принимаетъ участія въ изданіи законовъ. Всѣ члены собранія даютъ присягу, что они ограничатся постановленіями по вопросамъ, представленнымъ на ихъ разсмотрѣніе тремя предшествующими законодательными собраніями и произносятъ клятву вѣрности „націи, закону и королю“.

Здѣсь мы видимъ уже отказъ отъ непосредственнаго осуществленія народомъ учредительныхъ полномочій. Власть окончательно разрѣшать вопросы объ измѣненіи конституціи принадлежитъ уже не народу непосредственно, а его представителямъ — учредительному собранію. Но ограниченія этой власти еще болѣе значительны, чѣмъ въ Америкѣ: давая клятву вѣрности „націи, закону и королю“ члены учредительнаго собранія обѣщаютъ тѣмъ самымъ не касаться основъ конституціи. Всетаки отличіе учредительной власти отъ законодательной въ этой конституціи проводится, хотя и заключается лишь въ числѣ членовъ собранія и разныхъ предметахъ вѣдѣнія. Во всякомъ случаѣ ядро прежняго понятія конституціи—идея договора—и здѣсь устраняется.

На этой почвѣ вырабатывается и новая теорія учредительной власти, теорія, устраняющая изъ понятія о ней моментъ договора. Авторъ ея, знаменитый Сійесъ, писалъ, что „собранію народныхъ представителей не принадлежитъ полностью выполненіе всей національной воли. Общество довѣряетъ ему изъ своей власти только ту часть, которая нужна для соблю-

денія хорошаго порядка и ничего сверхъ того [1])". Такимъ образомъ, уполномоченные отъ народа дѣйствуютъ не по собственному праву, а по чужому праву, по праву народа, довѣрившаго имъ свою власть.

„Обыкновенные" народные представители призваны осуществлять волю націи согласно конституціи.

Но народъ можетъ избрать спеціальныхъ представителей и вручить имъ власть какую ему будетъ угодно [2]). Собраніе этихъ спеціальныхъ уполномоченныхъ замѣняетъ собою всю націю въ тѣхъ случаяхъ, когда ей нужно самой высказаться, осуществляетъ принадлежащую народу учредительную власть. Воля этого собранія становится закономъ, какъ воля самой націи.

Устранивъ изъ понятія объ учредительной власти договорный оттѣнокъ, Сійесъ устраняетъ его и изъ понятія конституціи. Это уже не „народный договоръ", это—законъ, создающій учрежденія, указывающій формы и законы, согласно которымъ должны быть выполняемы ихъ функціи. Но среди конституціонныхъ законовъ имѣютъ особое значеніе, по Сійесу, законы основные, которыми онъ считаетъ законы, опредѣляющіе организацію и дѣятельность законодательныхъ учрежденій. Это—законы, основанные на волѣ націи раньше всякой конституціи, они образуютъ скелетъ конституціи [3]). Въ созданіи „основныхъ" законовъ—(характерно, что и называетъ ихъ Сійесъ законами, а не договоромъ) выражается „естественное право" націи. Выдѣленіемъ изъ числа конституціонныхъ законовъ особой категоріи законовъ основныхъ, выражающихъ „естественное право націи", Сійесъ слабо и крайне искусственно поддерживалъ связь своей доктрины съ предшествовавшей ея договорной

[1]) „Что такое третье сословіе?", рус. пер., изд. „Голосъ", стр. 43.
[2]) Тамъ же, стр. 47.
[3]) Стр. 45.

теоріей. Характерно при этомъ, что практическихъ правовыхъ выводовъ изъ различенія „основныхъ“ законовъ отъ другихъ „конституціонныхъ“ законовъ Сійесъ не дѣлаетъ.

Такимъ образомъ, введеніе конституціями учредительной власти народа въ извѣстныя строгія правовыя формы отразилось и въ политической доктринѣ той эпохи. Это же не могло не содѣйствовать дальнѣйшему развитію учредительной власти, какъ правового института.

Въ конституціи 1793 г. учредительная власть еще болѣе сближается съ властью законодательной. Существеннымъ отличіемъ этихъ двухъ властей является принадлежность народу учредительной иниціативы. Согласно ст. 115 конституціи 1793 г. „если десятая часть правильно организованныхъ первичныхъ собраній въ каждомъ изъ болѣе чѣмъ половины департаментовъ требуетъ пересмотра конституціоннаго акта, то для измѣненія нѣкоторыхъ его статей законодательный корпусъ созываетъ всѣ первичныя собранія республики, чтобы освѣдомиться, долженъ ли быть созванъ національный конвентъ (учредительное собраніе)“. Конституція пересматривается, слѣдовательно, только по иниціативѣ самихъ гражданъ въ ихъ „первичныхъ“ собраніяхъ. Но національный конвентъ *организуется такъ же, какъ и законодательное собраніе*. Онъ *объединяетъ въ себѣ власть пересматривать предложенныя ему народомъ статьи конституціи и власть обыкновеннаго законодательнаго собранія*. Наконецъ, рѣшенія національнаго конвента по вопросамъ конституціоннымъ, *такъ же, какъ и законы, подлежали одобренію народа*, если бы народъ въ опредѣленномъ порядкѣ желаніе свое о томъ выразилъ (факультативный референдумъ).

Конституція III года республики также вводила пересмотръ въ правовыя формы. Для пересмотра требовалось троекратное постановленіе совѣта старѣйшинъ, утвержденное совѣтомъ пятисотъ, послѣдующій созывъ собранія по пересмотру и утвержденіе предложеннаго измѣненія народнымъ

голосованіемъ. При этомъ собраніе по пересмотру для того, чтобы рѣшенія его были дѣйствительны, должно въ своей дѣятельности соблюдать строгія формы: выполнить работу въ теченіе трехъ мѣсяцевъ (ст. 347), не осуществлять законодательной или правительственной власти, ограничиться пересмотромъ статей конституціи, указанныхъ законодательнымъ корпусомъ (ст. 342), не участвовать въ общественныхъ торжествахъ, засѣдать въ разстояніи не менѣе 20 миріаметровъ отъ мѣста засѣданій законодательнаго корпуса (ст. 340).

Изданныя въ дальнѣйшей исторіи Франціи до 1848 года конституціи не содержали въ себѣ статей о пересмотрѣ, учредительной власти не опредѣляли. Конституція 1848 г. устанавливаетъ для учредительной власти слѣдующія формы. Осуществляется она учредительнымъ собраніемъ, состоящимъ изъ 900 членовъ. Какъ и въ конституціи III года республики, оно созывается только на три мѣсяца. Кромѣ пересмотра конституціи оно также ничѣмъ не занимается. Лишь въ случаяхъ крайней необходимости оно можетъ удовлетворять неотложныя нужды въ изданіи законовъ. Созывается это учредительное собраніе (собраніе по пересмотру) только въ томъ случаѣ, если законодательное собраніе постановитъ о томъ послѣ трехъ послѣдовательныхъ обсужденій и рѣшеній, принятыхъ каждое съ промежуткомъ въ одинъ мѣсяцъ и не менѣе какъ тремя четвертями поданныхъ голосовъ, при числѣ голосовавшихъ не менѣе пятисотъ (ст. III конст.).

Эпоха цезаристскаго режима Наполеона III характеризуется въ интересующей насъ области нѣкоторой особенностью, свойственной и эпохѣ знаменитаго его родственника Наполеона I. Народное голосованіе конституціонныхъ вопросовъ въ эти періоды сводилось, въ сущности, къ выраженію довѣрія могущественному правителю, причемъ довѣріе это испрашивалось нерѣдко въ обстановкѣ, исключавшей всякую свободу голосованія. Конституція 1852 г. предусматривала слѣдующій порядокъ ея измѣненій. Не вся конституція, а лишь „основныя" ея положенія подлежали всеобщему голосованію (ст. 32). Пред-

лагаются эти измѣненія сенатомъ и голосуются народомъ въ случаѣ утвержденія постановленія сената исполнительной властью (ст. 31). Этотъ порядокъ упрощается въ конституціи 1870 г., ст. 44 которой постановляла: „конституція можетъ быть измѣнена только народомъ по предложенію императора“.

Дѣйствующіе французскіе конституціонные законы также вводятъ осуществленіе учредительной власти въ правовыя формы. Согласно ст. 8 конст. закона 25 февраля 1875 г. „палаты имѣютъ право послѣ соотвѣтственныхъ постановленій, принятыхъ отдѣльно въ каждой изъ нихъ абсолютнымъ большинствомъ голосовъ по ихъ собственной иниціативѣ или по иниціативѣ президента республики, объявить о необходимости пересмотрѣть конституціонные законы“. Послѣ того какъ обѣ палаты примутъ такое рѣшеніе, онѣ соединяются въ Національное Собраніе и приступаютъ къ пересмотру. „Постановленія національнаго собранія какъ о полномъ, такъ и о частичномъ пересмотрѣ должны быть приняты абсолютнымъ большинствомъ голосовъ“. Пересмотромъ, произведеннымъ въ 1884 г., для учредительной власти было установлено еще одно, уже матеріально-правовое, ограниченіе, составившее дополненіе къ ст. 8: „республиканскій образъ правленія не можетъ быть предметомъ предложеній о пересмотрѣ“.

Нельзя не отмѣтить, что нынѣ дѣйствующая французская конституція значительно упрощаетъ очень сложныя формы осуществленія учредительной власти, которыя устанавливались въ прежнихъ конституціяхъ Франціи. Мы видѣли, что почти всѣ дѣйствовавшія конституціи устанавливали, въ противоположность американской системѣ, порядокъ осуществленія учредительной власти черезъ учредительныя собранія, еще болѣе тѣмъ самымъ вводя учредительную власть въ правовыя формы. Исключеніе составляютъ конституціи 1793 г. и III года республики, вводившей столь сложный порядокъ для измѣненія конституціи, что конечная стадія этого процесса — народное голосованіе — едва ли когда-либо могло имѣть мѣсто. Но опасность возможнаго могущества учредительныхъ собраній страшила

французовъ. Отсюда и происходила ихъ изобрѣтательность по части осложненія формъ, соблюденіе которыхъ сопровождало созывъ „собраній по пересмотру“, формъ, несомнѣнно, значительно болѣе сложныхъ по сравненію съ установленными въ американскихъ штатахъ. Казуистическія правила пересмотра французскихъ конституцій были по тѣмъ же мотивамъ, что и во Франціи, восприняты и въ нѣкоторыхъ другихъ государствахъ. Сюда относятся: испанская конституція 1812 г., португальская—1822 г., частью норвежская 1814 г., греческая 1864 г., заимствовавшія основы конституціи 1791 г. и въ вопросѣ объ осуществленіи народомъ учредительной власти черезъ учредительное собраніе безъ всякаго участія короля. Значительное упрощеніе формы осуществленія народомъ учредительной власти въ нынѣ дѣйствующей конституціи вызвано тѣмъ же общимъ процессомъ демократизаціи всѣхъ государственно-правовыхъ институтовъ, устраняющимъ прежнія опасенія передъ учредительными собраніями. Но отмѣченное упрощеніе формъ пересмотра, несомнѣнно, еще болѣе приближаетъ положеніе учредительной власти къ законодательной.

§ 12.

Стремленіе сблизить конституцію и обыкновенный законъ, учредительную власть съ законодательной, замѣтно и въ государствахъ, построенныхъ на компромиссѣ между началами монархическимъ и демократическимъ.

Въ такихъ государствахъ учредительная власть не можетъ принадлежать ни монарху, ни народу въ отдѣльности. Власть устанавливать и измѣнять конституцію можетъ принадлежать въ этихъ странахъ лишь монарху, дѣйствующему совмѣстно съ народнымъ представительствомъ. Построенная же такимъ образомъ учредительная власть по своему политическому значенію можетъ лишь незначительно отличаться отъ власти законодательной, осуществляемой также королемъ при участіи палатъ народныхъ представителей. Нѣкоторые изъ такого рода

конституцій требуютъ, въ интересахъ усиленія вліянія народа на разрѣшеніе конституціонныхъ вопросовъ, предварительно рѣшенія вопроса объ измѣненіи конституціи роспуска палаты и новыхъ выборовъ.

Не знаютъ особаго порядка пересмотра конституціи итальянскій статутъ 1848 г., и конституція испанская (съ 1876 г.). Впрочемъ, въ Италіи, на практикѣ, измѣненію конституціонной статьи обычно предшествуетъ роспускъ палаты. Въ Даніи и Исландіи всѣ осложненія для изданія конституціоннаго закона по сравненію съ обыкновенными сводятся къ необходимости роспуска даннаго состава палаты и назначенію новыхъ выборовъ. Въ Швеціи — достаточно рѣшенія рикстага въ двухъ очередныхъ сессіяхъ, утвержденнаго оба раза королемъ. Роспускъ палаты, созывъ новой и принятіе конституціонныхъ поправокъ квалифицированнымъ большинствомъ являются достаточными условіями для измѣненія конституцій въ Нидерландахъ и Бельгіи, причемъ въ послѣдней, какъ и въ Исландіи, роспускъ этотъ совершается не указомъ короля, а силою закона. Большинство $^{2}/_{3}$ голосовъ при условіи присутствія въ палатѣ по крайней мѣрѣ половины ея членовъ является достаточнымъ для измѣненія конституціи въ Австріи. Само собою разумѣется, что во всѣхъ этихъ государствахъ измѣненія конституціи пріобрѣтаютъ силу лишь по утвержденіи ихъ королевской властью. Изъ балканскихъ государствъ Румынія почти цѣликомъ заимствуетъ Бельгійскую систему. Въ Сербіи и Болгаріи для пересмотра конституціи созываются учредительныя собранія: „великая скупщина“—въ Сербіи и „великое народное собраніе“—въ Болгаріи. Въ двухъ государствахъ не признается совершенно никакихъ различій между конституціей и обыкновенными законами, въ Англіи и Венгріи.

§ 13.

Нельзя не отмѣтить, что тотъ же процессъ постепеннаго сближенія учредительной власти съ законодательной совершается и въ странахъ, гдѣ политическая свобода далеко не является

обезпеченной, гдѣ, казалось бы, борьба за учредительныя полномочія народа не должна была утратить значенія. Мы говоримъ о государствахъ германскаго міра.

Въ началѣ XIX вѣка идея договорнаго происхожденія, конституціи была настолько популярна въ Германіи, что попытки нѣмецкихъ князей „даровать" народу конституцію по примѣру Людовика XVIII были неудачны, и дарованныя хартіи были отвергнуты населеніемъ въ рядѣ германскихъ государствъ [1]. Первыя изданныя въ Германіи конституціи были основаны на договорномъ началѣ. Но этотъ договоръ заключался не между личностями, составляющими народъ, организующій государство. Договоръ заключался, какъ въ средневѣковьѣ, между монархомъ и народомъ.

Покровитель и другъ Гете и Шиллера, великій герцогъ Карлъ-Августъ Саксенъ-Веймарскій, возвѣщая 5 мая 1816 г. объ изданіи конституціи, назвалъ ее „конституціей, которая станетъ верховнымъ закономъ великаго герцогства и которая будетъ служить основнымъ договоромъ между государемъ и его подданными" [2]. Согласно ст. 123 конституціи, она могла быть измѣняема лишь „съ согласія государя и государственныхъ чиновъ страны". Въ Вюртембергской конституціи 25 сентября 1819 г. договорное начало было также выражено съ полной опредѣленностью. Вильгельмъ I объявилъ объ изданіи этой конституціи въ слѣдующихъ словахъ: „основной законъ монархіи вытекаетъ изъ свободнаго соглашенія съ государственными чинами; это—лучшій памятникъ согласія между королемъ и народомъ, конституція... подписана нами и всѣми чинами собранія государственныхъ чиновъ, созванныхъ для выработки этого важнаго акта. Собравшіеся государственные чины слышали изъ нашихъ устъ торжественное обѣщаніе

[1]) Объ извѣстномъ Вюртембергскомъ конфликтѣ, см. у Ѳ. В. Тарановскаго, Юридическій методъ въ государственной наукѣ, 1904 г., стр. 303 и сл. Боржо, I, стр. 43 и сл.

[2]) См. Боржо, I, стр. 46.

сохранять неприкосновенность конституціоннаго договора [1])". Хартія княжества Вальдекъ - Пирмонтъ (19 апрѣля 1816 г.) содержала въ себѣ слѣдующее заключительное постановленіе: „этотъ конституціонный договоръ, который, какъ мы надѣемся, будетъ признанъ достаточно либеральнымъ по духу и отъ котораго ни мы, ни наши наслѣдники не желаемъ и не должны ни въ чемъ отступать безъ согласія нашихъ вѣрныхъ государственныхъ чиновъ, былъ заключенъ надлежащимъ образомъ съ той и съ другой стороны". Цитированная выше ст. 123 конституціи Саксенъ-Веймаръ была буквально воспринята конституціями нѣсколькихъ мелкихъ германскихъ государствъ [2]).

Но съ усиленіемъ государственной власти и окончательнымъ разрушеніемъ феодализма германскія конституціонныя идеи пріобрѣтаютъ иное содержаніе, безусловно исключающее моментъ договора, столь популярный на зарѣ конституціонной жизни Германіи. Для германскихъ государствъ, монархи которыхъ, вынужденные идти по пути конституціонныхъ реформъ, были весьма не склонны поощрять распространеніе въ своихъ странахъ идей народнаго верховенства, оказалось весьма удобнымъ воспринять и выразить въ конституціяхъ доктрину монархическаго принципа, провозглашенную въ хартіи Людовика XVIII, изданной въ 1814 г. [3]) По этой доктринѣ конституція разсматривается какъ даръ монарха, остающагося и послѣ изданія конституціи носителемъ всѣхъ полномочій государственной власти, ограниченнымъ въ осуществленіи ихъ лишь въ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ отношеніяхъ, предусмотрѣнныхъ въ конституціи. Монархическій принципъ, ничѣмъ, кромѣ оговорки объ ограниченіи монарха въ области осуществленія имъ нѣкоторыхъ

[1]) Тамъ же, стр. 47 и сл.

[2]) См. Боржо, I, стр. 48—49.

[3]) См., впрочемъ, А. С. Алексѣевъ, Возникновеніе конституцій въ монархическихъ государствахъ Западной Европы, 1914 г., стр. VIII.

функцій власти законодательными учрежденіями, неотличающійся отъ доктрины абсолютной монархіи, подобно последней исключаетъ принадлежность кому-либо учредительной власти.

..."Добровольно и свободнымъ осуществленіемъ своей королевской власти мы даровали и даруемъ, уступаемъ и жалуемъ нашимъ подданнымъ какъ за себя, такъ и за наслѣдниковъ нашихъ и навсегда конституціонную хартію", гласили заключительныя слова предисловія къ хартіи, данной Людовикомъ XVIII въ 1814 г.

Въ аналогичныхъ выраженіяхъ провозглашаютъ и проводятъ тѣ же начала и германскіе князья.

..." Настоящій актъ, зрѣло и многократно обсужденный и принятый нашимъ государственнымъ совѣтомъ, есть плодъ нашей свободной и твердой воли. Нашъ народъ найдетъ въ содержаніи его убѣдительнѣйшее доказательство отеческихъ нашихъ заботъ о странѣ". Такъ заявлялъ Максиміліанъ-Іосифъ, „Божіей милостью" король Баварскій, при обнародованіи конституціи въ 1818-мъ году. Въ самой же конституціи говорилось, что „король есть глава государства, онъ соединяетъ въ себѣ всѣ права верховной власти и осуществляетъ ихъ согласно даннымъ имъ и установленнымъ въ настоящей конституціи постановленіямъ".

„Король—верховный органъ государства; онъ соединяетъ въ своихъ рукахъ всѣ права государственной власти и осуществляетъ ее въ предѣлахъ, строго установленныхъ конституціей", говорится въ конституціи королевства Саксоніи, обнародованной въ 1831-мъ году.

Если конституціи, построенныя на монархическомъ принципѣ, и сохраняютъ, какъ бы изъ „конституціоннаго приличія", постановленія, требующія для пересмотра конституціонныхъ статей квалифицированнаго большинства при голосованіи въ

парламентѣ (Саксонія, Баварія, Гессенъ, Японія), то эти постановленія представляютъ, несомнѣнно, весьма слабую гарантію охраны правъ гражданъ. „Носитель всѣхъ полномочій власти“ имѣетъ достаточно возможностей провести угодныя ему мѣропріятія при наличности такихъ постановленій, разъ политическая свобода и вліяніе народа на государственную жизнь не обезпечены другими гарантіями, дающими народу средства защищать свои права. Знаменитый прусскій конфликтъ 60-хъ годовъ, когда бюджетъ, вопреки конституціи, проводился безъ участія нижней палаты, является хорошимъ тому доказательствомъ. Прекрасной иллюстраціей этого положенія является и указъ 3 іюня, которымъ въ порядкѣ противорѣчащемъ основнымъ законамъ 23 апрѣля 1906 г., Россіи былъ данъ новый избирательный законъ. Весьма характернымъ является и то оправданіе, которое этому акту давалось въ изданномъ того же 3 іюня 1907 г. манифестѣ: „только власти, даровавшей первый избирательный законъ, исторической власти русскаго царя, довлѣетъ право отмѣнить оный и замѣнить его новымъ“. „Отъ Господа Бога, говорилось далѣе, вручена намъ власть царская надъ народомъ нашимъ. Передъ Престоломъ Его мы дадимъ отвѣтъ за судьбы державы Россійской“.

Спрашивается, могли ли бы остановить Бисмарка въ 60-хъ годахъ отъ его противоконституціонныхъ мѣропріятій самыя строгія постановленія конституціи, касающіяся способа ея пересмотра, если бы таковыя въ ней были? И могли ли бы остановить П. А. Столыпина столь же строгія постановленія нашихъ основныхъ законовъ относительно способовъ ихъ пересмотра, если бы они въ этихъ законахъ содержались? Развѣ бы и при наличности такихъ постановленій Столыпинъ въ рѣшительный моментъ не сохранилъ бы за собою возможность сослаться на „историческую власть русскаго царя“, стоящую выше всякой конституціи?—Очевидно, и въ государствахъ, въ которыхъ еще не укрѣпилась политическая свобода, народъ стремится нынѣ къ обезпеченію ея гаран-

тіями, болѣе прочными, чѣмъ квалификація конституціи особыми формальными признаками.

Указанное обстоятельство вмѣстѣ съ несомнѣннымъ противорѣчіемъ понятія учредительной власти началу монархическаго принципа, предполагающаго сосредоточенность всей власти въ лицѣ монарха, привело къ тому, что въ главнѣйшемъ германскомъ государствѣ—Пруссіи—конституціонный законъ уже почти совершенно сливается съ обыкновеннымъ. Въ силу ст. 107 прусской конституціи 31 января 1850 г., „конституція можетъ быть измѣнена въ обыкновенномъ порядкѣ законодательства. Для этого достаточно въ каждой палатѣ большинства поданныхъ голосовъ въ двухъ послѣдовательныхъ голосованіяхъ, раздѣленныхъ промежуткомъ въ три недѣли". Еще дальше по этому пути идетъ конституція Германской имперіи, въ которой никакихъ особыхъ признаковъ для конституціоннаго закона, въ отличіе его отъ закона обыкновеннаго, кромѣ вытекающихъ исключительно изъ федеративнаго устройства Германіи, не устанавливается (конст. 1871 г., ст. 78).

Неудивительно, что и современныя государствовѣды Германіи отказываются видѣть въ конституціи выраженіе чьей-либо учредительной власти. „Въ государствѣ", пишетъ Лабандъ, „нѣтъ воли, которая стояла бы выше воли суверена. И конституція, и обыкновенные законы одинаково получаютъ свою обязательную силу отъ этой воли. Конституція — это не мистическая сила, парящая надъ государствомъ; какъ и всякій другой законъ, она является актомъ государственной власти, подчиняющимся всѣмъ послѣдствіямъ ея измѣненій". [1]). Далѣе Лабандъ утверждаетъ, что конституція можетъ быть измѣнена обыкновеннымъ, касающимся ея содержанія, закономъ, если это не запрещено прямымъ постановленіемъ положительнаго права. „Принципъ, что отдѣльные законы должны издаваться

---

[1]) P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, т. I, 1895 г., стр. 521. См. также G. Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat, I, 1912 г., стр. 65—66.

въ соотвѣтствіи съ конституціей и не должны ей противорѣчить есть исключительно требованіе законодательной практики, но не юридическая аксіома". Противорѣчія между конституціей и законами юридически допустимы, какъ допустимо разногласіе между уголовнымъ, гражданскимъ или торговымъ кодексомъ и изданнымъ впослѣдствіи спеціальнымъ закономъ. Но если, по Лабанду, отношеніе между конституціей и обыкновеннымъ закономъ соотвѣтствуетъ, при отсутствіи положительнаго постановленія, ставящаго законъ въ подчиненное конституціи положеніе, отношенію между гражданскимъ кодексомъ и изданнымъ по отдѣльному вопросу спеціальнымъ закономъ, то теоретическое понятіе конституціи въ формальномъ смыслѣ совершенно измѣняетъ свое содержаніе. Конституція въ формальномъ смыслѣ перестаетъ играть роль защитника правъ личности отъ государственной власти. Утративъ свою „мистическую силу", которую въ ней старались найти политики XVII и XVIII вѣка, конституція становится актомъ государственной власти, лишь въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, касающихся порядка ея измѣненія, отличающимся отъ обыкновеннаго закона. Въ зависимости отъ степени осложненія порядка изданія конституціонныхъ законовъ устанавливается дѣленіе конституцій на „гибкія", легко измѣняемыя, какъ, напр., въ Англіи, Венгріи, и „малоподвижныя", какъ въ Греціи, Соед. Штатахъ и др. государствахъ, введенное въ науку Брайсомъ. Это словоупотребленіе, вошло и въ русскую науку государственнаго права [1]).

§ 14.

Процессъ сближенія учредительной власти съ законодательной въ нѣкоторыхъ государствахъ ускоряется, какъ это

[1]) См. напр., С. А. Котляревскій, Конституціонное государство, 1907 г., стр. 43 и сл. Его же, Власть и право, 1915 г., стр. 255 и слѣд.

весьма тонко подмѣчено Лоуэллемъ [1]), еще тѣмъ, что ему навстрѣчу идетъ процессъ осложненія условій осуществленія власти законодательной. Это имѣетъ мѣсто въ Швейцаріи. Если здѣсь народу принадлежитъ власть учредительная, которую народъ, какъ и въ штатахъ Америки, осуществляетъ непосредственно, то ему же принадлежитъ также непосредственно имъ осуществляемая законодательная власть.

Швейцарская конституція 1874 г. установила для принятія законовъ т. н. факультативный референдумъ. По заявленію 30000 гражданъ, законъ, принятый федеральнымъ собраніемъ, подлежитъ народному голосованію. Референдумъ же, но уже не факультативный, а обязательный, дѣйствуетъ въ Швейцаріи и для разрѣшенія вопросовъ объ измѣненіи конституціи. Осуществляется онъ слѣдующимъ образомъ. Пересмотръ конституціи можетъ быть общимъ, т. е. вся конституція пересматривается цѣликомъ, либо частичнымъ, когда пересматриваются отдѣльныя ея статьи. Общій пересмотръ производится (нормально) въ томъ же порядкѣ, въ которомъ издаются обыкновенные законы (ст. 119). Въ томъ же порядкѣ производится и частичный пересмотръ, если онъ не вызывается инціативою народа. Особенныя формы учредительнаго референдума установлены для случаевъ: 1) когда одна палата федеральнаго Собранія требуетъ общаго пересмотра, а другая его отвергаетъ; въ этомъ случаѣ самый вопросъ о томъ, долженъ ли состояться общій пересмотръ, разрѣшается народнымъ голосованіемъ (ст. 120); тотъ же предварительный вопросъ предлагается народу и въ томъ случаѣ, если общаго пересмотра потребуютъ 50000 гражданъ; 2) когда 50000 гражданъ заявятъ требованіе о частичномъ пересмотрѣ конституціи. Въ послѣднемъ случаѣ, если притомъ гражданами внесенъ всесторонне разработанный проектъ пересмотра, съ

---

[1]) А. Л. Лоуэлль, Госуд. строй Англіи, русск. пер. подъ ред. Ф. Ф. Кокошкина, 1915 г., стр. 4 и сл.

содержанiемъ котораго согласно федеральное собранiе, народъ спрашивается по существу внесеннаго проекта. Если федеральное собранiе не согласно съ внесеннымъ проектомъ, оно можетъ внести свой контръ-проектъ или рекомендовать народу отвергнуть предложенiе петицiонерювъ. Въ томъ же случаѣ, если инициаторы не предлагаютъ готоваго проекта, а дѣлаютъ лишь предложенiе въ общихъ выраженiяхъ, но съ внесенными предложенiями солидарно федеральное собранiе, то проектъ разрабатывается федеральнымъ собранiемъ и представляется на народное голосованiе. При несогласiи же съ внесеннымъ въ общей формѣ предложенiемъ петицiонеровъ федеральнаго собранiя,—дѣйствуетъ порядокъ, какой установленъ для упомянутаго выше случая несогласiя по вопросу о пересмотрѣ двухъ палатъ собранiя, именно: народъ спрашивается, раньше всего, по вопросу о томъ, надлежитъ ли производить пересмотръ. Однако, если народъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ, то федеральное собранiе, оставаясь въ прежнемъ составѣ, „приступаетъ къ пересмотру, сообразуясь съ народнымъ рѣшенiемъ", т. е. разрабатываетъ проектъ и представляетъ его на народное голосованiе (Конст. ст.ст. 118 122). Изложенный сложный порядокъ частичнаго пересмотра по инициативѣ 50000 гражданъ внесенъ въ конституцiю въ 1891 г. въ качествѣ поправки къ ней. Несомнѣнно, однако, что аналогичная поправка можетъ впослѣдствiи усложнить и осуществленiе народомъ законодательной власти. Во всякомъ случаѣ и нынѣ въ основныхъ идеяхъ учредительная власть швейцарскаго народа съ изданiемъ конституцiи 1874 г. совпадаетъ съ ея законодательной властью [1]).

То же явленiе усложненiя въ нѣкоторыхъ случаяхъ условiй осуществленiя законодательной власти наблюдается и въ другой демократической странѣ,—въ Англiи, въ странѣ уже не съ „неподвижной", а „гибкой" конституцiей. По авторитет-

[1]) О необходимости утвержденiя пересмотра конституцiи большинствомъ кантоновъ будетъ сказано ниже.

ному свидѣтельству Лоуэлля, тамъ все болѣе и болѣе крѣпнетъ убѣжденіе, что нельзя дѣлать никакого коренного и имѣющаго крупныя послѣдствія измѣненія въ законодательствѣ безъ того, чтобы парламентъ не получилъ на это полномочія отъ народа въ видѣ опредѣленнаго результата общихъ выборовъ, произведенныхъ на соотвѣтствующей платформѣ [1]). Роспускъ парламента и новые выборы должны предшествовать рѣшенію парламентомъ важнѣйшихъ вопросовъ, относящихся не только къ области нормъ, опредѣляющихъ конституцію страны, но и къ области обыкновенныхъ законовъ.

§ 15.

Грани, раздѣляющія учредительную власть отъ законодательной, имѣютъ иное значеніе въ государствахъ федеративныхъ. Въ федеративныхъ государствахъ конституція пріобрѣтаетъ особенное значеніе, ибо помимо той ея функціи, которую она выполняетъ въ другихъ государствахъ, она играетъ роль акта, распредѣляющаго полномочія власти между союзнымъ цѣлымъ и составляющими его частями. Компетенція органовъ союза, порядокъ ихъ образованія, особыя права отдѣльныхъ, входящихъ въ союзъ государствъ и проч. вопросы подробно регламентируются въ конституціяхъ федеративныхъ государствъ. Эта роль конституцій союзныхъ государствъ влечетъ усиленіе значенія и за постановленіями, опредѣляющими порядокъ ихъ пересмотра. Во всѣхъ федераціяхъ замѣтно стремленіе оградить при пересмотрѣ конституціи права отдѣльныхъ государствъ—членовъ союза. Въ Германіи, согласно ст. 78 конституціи, измѣненія считаются отвергнутыми, если въ союзномъ совѣтѣ, составленномъ, какъ извѣстно, изъ представителей входящихъ въ составъ имперіи государствъ, 14 голосовъ выскажутся противъ ихъ принятія. Принимая во вни-

---

[1]) Указ. соч., стр. 5.

маніе, что въ союзномъ совѣтѣ Пруссія имѣетъ 17 голосовъ, достаточно несогласія съ внесенными измѣненіями одного этого государства, чтобы пересмотръ не могъ состояться. Равнымъ образомъ, пересмотру могутъ воспрепятствовать 14 мелкихъ государствъ, имѣющихъ въ союзномъ совѣтѣ по одному голосу, и три — четыре среднихъ государства (Баварія, Саксонія, Вюртембергъ, Баденъ). Существенно, далѣе, что, согласно той же ст. 78, постановленія конституціи, утверждающія особыя права за отдѣльными государствами по отношенію къ имперіи (т. н. Reservatrechte), не могутъ быть измѣнены иначе, какъ съ согласія этихъ государствъ. Договорный моментъ конституціоннаго закона обнаруживается въ приведенномъ постановленіи съ полной ясностью. Но если въ Германіи союзная конституція ограждаетъ права не всѣхъ, а лишь нѣкоторыхъ государствъ, то другія федераціи, какъ построенныя на принципѣ равенства правъ всѣхъ государствъ-членовъ союза, охраняютъ въ своихъ конституціяхъ права отдѣльныхъ государствъ болѣе справедливымъ образомъ.

Въ силу ст. 123 швейцарской конституціи „пересмотрѣнная федеральная конституція или пересмотрѣнная часть конституціи входитъ въ силу, когда она принята большинствомъ швейцарскихъ гражданъ, принимавшихъ участіе въ голосованіи, и большинствомъ кантоновъ". Болѣе сложный порядокъ утвержденія конституціи въ Сѣв.-Америк. Соединенныхъ Штатахъ. Поправки къ конституціи 1787 г. предлагаются: либо конгрессомъ, когда въ каждой изъ палатъ найдетъ это необходимымъ большинство $^2/_3$ членовъ, либо спеціальнымъ конвентомъ, созваннымъ конгрессомъ по требованію $^2/_3$ законодательныхъ собраній штатовъ. Такимъ образомъ отдѣльныя союзныя государства могутъ проявить иниціативу въ дѣлѣ пересмотра. Утверждаются предложенныя поправки $^3/_4$ законодательныхъ собраній штатовъ или $^3/_4$ спеціальныхъ конвентовъ, созванныхъ въ штатахъ. Избраніе перваго или второго порядка утвержденія поправокъ зависитъ отъ кон-

гресса, при чемъ надо сказать, что до настоящаго времени примѣнялся исключительно первый порядокъ утвержденія предложенныхъ поправокъ. Лишь по утвержденіи внесенныхъ измѣненій однимъ изъ указанныхъ способовъ они пріобрѣтаютъ законную силу и становятся частью конституціи (ст. V).

Несомнѣнно, отдѣльныя союзныя государства ограждаютъ свои права, какъ членовъ союза, не только путемъ участія въ осуществленіи учредительной власти союза, но и многими другими способами (образованіе верхнихъ палатъ въ составѣ исключительно представителей отдѣльныхъ союзныхъ государствъ и пр.). Однако, принадлежность имъ въ нѣкоторой долѣ учредительной власти охраняетъ наиболѣе, можетъ быть, цѣнное для нихъ свойство—именно права этихъ государствъ, какъ государствъ, лишая союзные органы возможности развивать конституцію въ направленіи обращенія государствъ-членовъ союза въ провинціи—части единаго государства.

§ 16.

Все изложенное должно было показать, что, за исключеніемъ федеративныхъ государствъ, государства эволюціонировали въ теченіе XIX вѣка въ вопросѣ о значеніи въ нихъ конституціи въ формальномъ смыслѣ (учредительной власти) въ одномъ направленіи.

При своемъ зарожденіи учредительная власть основывалась на соглашеніи всѣхъ людей, организующихъ государство, на „народномъ договорѣ". Ея задачей была охрана свободы личности отъ государственной власти.

Въ своемъ развитіи учредительная власть подпала подъ дѣйствіе нормъ права, утративъ тѣмъ свою прежнюю „мета-юридическую" основу—народный договоръ. Власть, учреждающая конституцію стала властью, дѣйствующей въ формахъ, предписываемыхъ этой конституціей, подобно тому, какъ власть, дающая законы — законодательная власть — дѣйствуетъ въ формахъ, предписываемыхъ не только конституціей, но и из-

данными ею самою законами. Подчинивъ себя праву, ставъ въ этомъ отношеніи рядомъ съ властью законодательной, учредительная власть во многихъ государствахъ стала сближаться и даже сливаться съ послѣдней въ формахъ своего осуществленія.

Этотъ процессъ, наблюдаемый какъ въ демократическихъ, такъ и въ полуабсолютистскихъ государствахъ, былъ вызванъ въ упомянутыхъ двухъ типахъ государствъ неодинаковыми причинами. Въ государствахъ съ развитыми демократическими учрежденіями учредительная власть народа, какъ носительница первоначальной своей функціи — гарантіи народной свободы становится чѣмъ дальше, тѣмъ больше ненужной. Какъ видимъ, не требуется осуществленія идеала „общественнаго договора“ Руссо для того, чтобы эта функція учредительной власти отпала. Излишней дѣлаетъ ее уже современное демократическое государство. Въ государствахъ, въ которыхъ народная свобода не обезпечена, въ государствахъ, воспринявшихъ „монархическій принципъ“ и др. учредительная власть народа не мирится съ существующимъ правовымъ укладомъ. Но такъ какъ и эти государства имѣютъ конституцію, уже не за, а противъ которой народъ долженъ бороться, то самая идея особой квалификаціи учредительной власти отъ законодательной вызываетъ въ населеніи этихъ государствъ мало симпатій. Защищенная конституціей, требующей крайне сложнаго, почти неосуществимаго, порядка пересмотра, королевская власть (напр., въ Греціи), классовый характеръ защищеннаго конституціей избирательнаго права (конст. III года республики во Франціи), полная необезпеченность элементарныхъ правъ народнаго представительства и гражданъ, ограждаемая конституціей, могущей быть пересмотрѣнной только по инниціативѣ монарха (русскіе основные законы 23 апрѣля 1906 г., японская конституція 1888 г.) все это показываетъ, что конституція способна служить не только интересамъ свободы, но нерѣдко именно интересамъ власти, интересамъ

полу-абсолютной монархіи, интересамъ господствующихъ классовъ (хартія Луи Филиппа) и т. д. [1]).

Въ указанныхъ случаяхъ мы имѣемъ, разумѣется, уже извращеніе идеи конституціи въ формальномъ смыслѣ. Но такое извращеніе составляетъ судьбу каждаго правового института, выполнившаго функцію, ради которой онъ возникъ, и не исчезнувшаго послѣ того съ арены соціальной жизни. Съ другой стороны, тотъ фактъ, что упомянутыя конституціи несутъ или несли функцію, институту конституціи вообще несвойственную, является лучшимъ показателемъ, предвѣщающимъ ихъ ближайшую гибель. Мнѣ кажется, что кратковременность дѣйствія многихъ „малоподвижныхъ" конституцій можетъ быть объяснена именно тѣмъ, что творцы этихъ конституцій, дѣлая ихъ трудно измѣняемыми, стремились возложить на нихъ функцію, которая по своему характеру не только не соотвѣтствуетъ, но прямо противорѣчитъ исторической роли даннаго института. „Малоподвижность" была придаваема этимъ конституціямъ въ цѣляхъ не огражденія свободы народа отъ власти, что, какъ мы видѣли, и составляетъ сущность (соціальную функцію) конституціи [2]), а наоборотъ въ цѣляхъ огражденія интересовъ существующей власти отъ народа.

Въ тѣхъ демократическихъ государствахъ, въ которыхъ учредительная власть народа, какъ особый порядокъ для установленія и пересмотра конституціи, еще и нынѣ существуетъ, она является, вопреки мнѣнію Буркхардта, не „надъ-правовой" силой, а правовымъ установленіемъ [3]). Необходимости оберегать себя отъ всего чуждаго ему государственно-правового порядка теперь у народа нѣтъ. Существованіе конституціи въ формальномъ смыслѣ, а, слѣдовательно, и учредительной власти, означаетъ въ настоящее время лишь то, что народъ осуществляетъ нѣкоторыя свои права въ особомъ порядкѣ, огра-

[1]) Ср. Г. Еллинекъ. Права меньшинства, стр. 26.

[2]) См. выше, стр. 62.

[3]) Burkhardt, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, 1905 г., стр. 8 и сл.

ничивая тѣмъ самымъ существующую—и, прежде всего, законодательную—власть, которая, однако, не разсматривается уже какъ чуждый народу порядокъ, а—какъ органъ воли того же народа. Именно для того, чтобы возможность устанавливать и пересматривать конституцію стала прочною для народа, его учредительная власть должна быть признанной правомъ, стать правовымъ институтомъ.

Правда, учредительная власть, осуществляемая въ періодъ революціи, дѣйствуетъ почти безъ всякаго правового ея регулированія. Но это происходитъ въ силу того, что революція, содержа въ себѣ стремленіе къ новому правовому порядку, въ значительной степени исключаетъ въ періодъ ея теченія господство права. Во время революціи не только учредительная, но и законодательная, и административная, и даже судебная власти, нерѣдко дѣйствуютъ внѣ всякихъ правовыхъ предѣловъ. Эти же власти, вѣдь, никто не рискнетъ назвать „надъ-правовыми“, „надъ-государственными“. Кромѣ того, нельзя не признать, что революціонная учредительная власть, направленная къ созданію новаго правового порядка послѣ уничтоженія стараго, функціонируетъ нерѣдко при фактическомъ отсутствіи нормъ права, могущихъ ее въ чемъ-либо ограничивать. Но отсюда еще далеко до вывода о надъ-государственной природѣ революціонной учредительной власти. Уже самый фактъ созданія органа учредительной власти основывается на какомъ-либо правовомъ актѣ. Будь то декларація признаннаго народомъ временнаго правительства, или другой актъ безразлично. Затѣмъ, порядокъ образованія органа этой власти—созывъ собраній для народнаго голосованія, выработка избирательнаго закона—устанавливаются правовымъ образомъ. Словомъ, поскольку могутъ быть созданы правовыя нормы, регламентирующія функціонированіе учредительной власти, таковыя создаются. Точка зрѣнія, господствовавшая при созывѣ конвента, по которой власть конвента, какъ власть надъ-государственная, не можетъ быть подчинена никакимъ заранѣе установленнымъ

формамъ, не исключая и установленія безусловно обязательнаго порядка выборовъ, несомнѣнно, гармонировавшая со всѣмъ воззрѣніемъ того времени, не находила себѣ примѣненія впослѣдствіи, при созданіи революціонныхъ учредительныхъ собраній.

Самая сущность современной демократіи заключается въ установленіи правовой возможности для широкихъ слоевъ народа окончательно разрѣшать основные вопросы государственной жизни. Главнѣйшіе вопросы государственной организаціи, отношеніе государства къ личности, все, что составляетъ конституцію въ матеріальномъ смыслѣ слова, не можетъ находиться внѣ предѣловъ рѣшающаго вліянія народа. Все это входитъ въ область полномочій народа и въ тѣхъ демократическихъ странахъ, гдѣ нѣтъ конституціи въ формальномъ смыслѣ, гдѣ, слѣдовательно, нѣтъ особой власти ее устанавливать и пересматривать, гдѣ нѣтъ, другими словами, учредительной власти. Въ Англіи народъ, осуществляя законодательную власть, разрѣшаетъ всѣ вопросы, входящіе на континентѣ въ область вѣдѣнія власти учредительной. Усложненіе формъ выраженія народной воли единогласіе, квалифицированное большинство и пр.—имѣло свой большой смыслъ, когда широкія массы народа не имѣли права участія въ законодательствѣ. Въ настоящее время, когда и законодательная власть строится по принципу участія широкихъ слоевъ народа въ ея осуществленіи, все болѣе и болѣе теряются основанія отличать народъ учредителя отъ народа-законодателя, тѣмъ болѣе, что народъ-законодатель въ парламентарныхъ государствахъ опредѣляетъ и всю политику власти административной. Народъ-учредитель и народъ-законодатель на самомъ дѣлѣ въ демократическомъ государствѣ одинъ и тотъ же народъ. Это одинъ и тотъ же почти народъ въ Швейцаріи, одинъ и тотъ же—въ Англіи, одинъ и тотъ же—во Франціи, одинъ и тотъ же во многихъ штатахъ Америки. Но это не былъ одинъ и тотъ же народъ по предположеніямъ „народнаго договора“ левеллеровъ (парламентъ-законодатель, народъ непосредственно—учреди-

тель) или по французской конституціи 1791 г. (король имѣлъ отлагательное veto по отношенію къ законамъ и не имѣлъ его въ отношеніи постановленій „собранія по пересмотру", „собраніе по пересмотру" состояло изъ бо́льшаго числа членовъ и т. д.). Словомъ, въ современномъ государствѣ конституція „гибкая" начинаетъ болѣе соотвѣтствовать потребностямъ времени, чѣмъ конституція „малоподвижная", конституція въ формальномъ смыслѣ перестаетъ играть свою былую роль, державный, правовымъ образомъ организованный, народъ перестаетъ нуждаться въ учредительной власти [1]). Въ теченіе всей предыдущей исторіи, оборонявшійся отъ государственной власти при посредствѣ сохраненія за собою власти учреждать государство, народъ въ наиболѣе передовыхъ изъ современныхъ демократій, самъ, наконецъ, становится дѣствительнымъ носителемъ всѣхъ полномочій государственной власти, въ томъ числѣ и тѣхъ, которые по своему содержанію могутъ быть считаемы учредительными.

---

[1]) И конституціи „мало-подвижныя" нерѣдко измѣняются и преобразуются, какъ это показано Еллинекомъ, безъ всякаго участія учредительной власти. См. Г. Еллинекъ, Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія, русск. пер. подъ ред. Б. А. Кистяковскаго. 1907 г., стр. 11 и сл.